



РАЗВОДЪ

и

ПОЛОЖЕНІЕ ЖЕНЩИНЫ

М. И. Кулишера.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типо-литографія Б. М. Вольфа, Фонтанка 92.
1896.

ПОСВЯЩАЕТСЯ

Владиміру Даниловичу

Спасовичу.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Бентамъ ставитъ вопросъ, возможно-ли человѣку двинуть землю, и отвѣчаетъ: да, но сначала онъ долженъ найти другую землю, на которой онъ бы могъ стать. Этою другою землею для юриспруденціи являются данныя этнографіи и исторія культуры. Даже исторія римскаго права, одна изъ наиболѣе подробно написанныхъ и изслѣдованныхъ, представляетъ пробѣлы. Тѣмъ болѣе пустыхъ мѣстъ оказывается въ исторіи права другихъ народовъ. А разъ нѣтъ непрерывной цѣпи фактовъ, нѣтъ возможности установить причинную связь между отмѣченнымъ историкомъ явленіемъ и недостающимъ звеномъ, предшествовавшимъ ему. Эти пробѣлы могутъ быть восполнены лишь по догадкѣ; но само собою разумѣется, что такія догадки пріобрѣтаютъ прочную основу, становятся научною гипотезою, если въ жизни или исторіи другихъ народовъ на соотвѣтствующей ступени развитія встрѣчаемся съ явленіями, о существованіи которыхъ у даннаго народа мы догадываемся по намекамъ. Вопросъ конечно въ томъ, имѣемъ ли мы право восполнять пробѣлы въ исторіи одного народа данными изъ жизни другихъ народовъ, имѣемъ ли мы право умозаключать изъ того, что извѣстныя явленія встрѣчаются въ жизни многихъ народовъ, что они происходили и у тѣхъ народовъ, которые не сохранили о нихъ воспомина-

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Бентамъ ставитъ вопросъ, возможно-ли человѣку двинуть землю, и отвѣчаетъ: да, но сначала онъ долженъ найти другую землю, на которой онъ бы могъ стать. Этою другою землею для юриспруденціи являются данныя этнографіи и исторія культуры. Даже исторія римскаго права, одна изъ наиболѣе подробно написанныхъ и изслѣдованныхъ, представляетъ пробѣлы. Тѣмъ болѣе пустыхъ мѣстъ оказывается въ исторіи права другихъ народовъ. А разъ нѣтъ непрерывной цѣпи фактовъ, нѣтъ возможности установить причинную связь между отмѣченнымъ историкомъ явленіемъ и недостающимъ звеномъ, предшествовавшимъ ему. Эти пробѣлы могутъ быть восполнены лишь по догадкѣ; но само собою разумѣется, что такія догадки пріобрѣтаютъ прочную основу, становятся научною гипотезою, если въ жизни или исторіи другихъ народовъ на соотвѣтствующей ступени развитія встрѣчаемся съ явленіями, о существованіи которыхъ у даннаго народа мы догадываемся по намекамъ. Вопросъ конечно въ томъ, имѣемъ ли мы право восполнять пробѣлы въ исторіи одного народа данными изъ жизни другихъ народовъ, имѣемъ ли мы право умозаключать изъ того, что извѣстныя явленія встрѣчаются въ жизни многихъ народовъ, что они происходили и у тѣхъ народовъ, которые не сохранили о нихъ воспомина-

нiй. На этотъ вопросъ возможенъ только одинъ отвѣтъ. «Одно и то же во многихъ, а слѣдовательно и во всѣхъ»; это—основа индуктивнаго метода, съ помощью котораго сдѣланы величайшiя научныя открытiя.

Такимъ образомъ, если задача юриспруденцiи, какъ и всякой другой науки, раскрыть причинную связь между явленiями, отмежеванными для этой науки, то она не можетъ ограничиваться исторiей права одного народа или даже исторiей права такъ называемыхъ культурныхъ народовъ, а должна расширить предѣлы изслѣдованiя и сопоставлять данныя, записанныя историками и лѣтописцами, со свѣдѣнiями и наблюденiями, сообщаемыми путешественниками и бытописателями нравовъ разныхъ народовъ. Я не желалъ бы предупреждать суда читателей, но я кажется вправѣ сказать, что пользованiе матерiалами этнографiи и исторiи культуры въ настоящемъ сочиненiи совмѣстно съ историческими данными о правѣ оказалось не безполезнымъ.

Въ основу моего изложенiя дѣйствующаго въ настоящее время права я положилъ рѣшенiя англiйскихъ судебныхъ мѣстъ—какъ церковныхъ, такъ и свѣтскихъ, съ которыми сопоставилъ законы и рѣшенiя судебныхъ мѣстъ другихъ европейскихъ странъ. Большой знатокъ англiйской литературы и англiйскаго права А. Я. Пассоверъ не только указалъ мнѣ, но и снабдилъ меня англiйской литературой по этому предмету, за что я приношу ему искреннюю благодарнсть.

Отъ рѣшенiй англiйскихъ судовъ вѣетъ жизнью, не канцелярiей. Это объясняется свойствами англiйскаго судьи. Въ каждомъ дѣлѣ необходимо установить обстоятельства дѣла, истолковать законъ и примѣнить законъ къ даннымъ фактамъ. Такъ какъ англiйскiй судья не находится въ обладанiи непогрѣшимой истины, и такъ какъ освѣщенiе обстоя-

тельствъ дѣла съ двухъ противоположныхъ сторонъ является единственнымъ средствомъ для добыванія истины, то англійскій судья не видитъ въ состязаніи адвокатовъ и въ представляемыхъ ими доказательствахъ въ подтвержденіе своихъ мнѣній подвоха, тормаза для правосудія, и терпѣливо выслушиваетъ адвокатовъ обѣихъ сторонъ, добросовѣстно провѣряя представленныя ими доказательства и взвѣшивая приводимые ими аргументы. Англійскій судья не формалистъ, а потому смыслъ закона и прецедента истолковывается имъ не по случайнымъ выраженіямъ, употребленнымъ въ законѣ или рѣшеніи. Онъ знаетъ, что законъ долженъ соотвѣтствовать требованіямъ жизни, а потому стремится принаравливать его къ назрѣвшимъ потребностямъ, къ условіямъ времени, расширять область его примѣненія по аналогіи (конечно, не въ уголовныхъ дѣлахъ). Но въ то же время англійскій судья не рѣшится идти въ истолкованіи закона до прямого нарушенія его, не будетъ истолковывать его вопреки его смыслу, во имя ли прогрессивныхъ или реакціонныхъ идей. Закономъ руководятся люди въ житейскихъ отношеніяхъ, и они должны знать, что законъ отъ нихъ требуетъ.

Уже Бентамъ въ началѣ нынѣшняго вѣка указалъ на приведенную только что черту, какъ на характеристическое свойство англійскаго судьи. «Одно изъ самыхъ высокихъ качествъ англійскихъ судовъ, говоритъ онъ, состоитъ именно въ томъ, что они съ тщательной точностью исполняютъ волю законодателя, а въ той части законодательства, которая зависитъ отъ обычая, строго руководятся, насколько возможно, прежними рѣшеніями. Такое строгое наблюденіе законности можетъ имѣть нѣкоторые недостатки при несовершенствѣ законовъ, но истинный духъ свободы внушаетъ англичанамъ глубокое отвращеніе отъ такъ назы-

ваемаго expost facto lex»*). Англійскій судья, рѣшая дѣло, отбываетъ не повинность, а является живымъ гласомъ закона, представителемъ общественной совѣсти, а потому по отношенію къ каждому произносимому имъ рѣшенію сознаетъ свою отвѣтственность, какъ общественнаго дѣятеля, проводящаго въ общество извѣстные взгляды, могущіе споспѣшествовать общественному благу или напротивъ служить помѣхой для него. Мнѣ кажется, что этотъ обликъ англійскаго судьи отражается и въ приводимыхъ ниже выдержкахъ изъ ихъ рѣшеній по разнымъ вопросамъ. Рѣшенія англійскихъ судовъ мало извѣстны и въ Европѣ, тѣмъ менѣе они извѣстны у насъ. При каждомъ рѣшеніи, упоминаемомъ въ выноскахъ, указанъ годъ, когда рѣшеніе это состоялось. Я приложилъ старанія къ тому, чтобы не испещрять текста книги латинскими цитатами, и въ тѣхъ случаяхъ, когда приходится ссылаться на римское право, я привожу по-русски данное постановленіе, а въ выноскѣ латинскую цитату для спеціалистовъ. То же сдѣлано по отношенію къ большинству латинскихъ цитатъ изъ другихъ источниковъ.

Разводу посчастливилось въ нашей литературѣ. Кромѣ книжки г. Способина, о разводѣ имѣется прекрасное изслѣдованіе проф. Загоровскаго о разводѣ въ связи съ каноническимъ правомъ православной церкви, имѣется цѣнный сборникъ законовъ и обычаевъ, дѣйствующихъ въ Россіи по семейственному праву вообще и о разводѣ въ частности проф. Малышева. Этими сочиненіями, какъ и многими другими, указанными въ выноскахъ, я воспользовался въ той мѣрѣ, въ какой это было необходимо для

---

*) Бентамъ. Сочиненія. (Русск. перев.), стр. 379.

очерка сравнительной исторіи и современнаго характера развода.

Посвященіе книги В. Д. Спасовичу есть слабая дань уваженія къ дѣятельности и дарованіямъ его.

Существуетъ парабула, что женщина при сотвореніи ея взята не изъ головы Адама, такъ какъ она не предназначена господствовать надъ мущиной, и не изъ ноги его, такъ какъ она не предназначена быть рабою его, но взята изъ ребра въ боку, такъ какъ она должна быть его товарищемъ и другомъ *). Въ сущности въ этой парабулѣ высказанъ идеалъ, который ждетъ своего осуществленія и въ настоящее время.

---

*) Peter Lombard. Sentent. lib. II, 18. Lecky. History of European Morals (1891) II. p. 321.

Оглавленіе.

ГЛАВА I.

Предварительныя замѣчанія и международная подсудность.

Однообразный характеръ постановленій о разводѣ у культурныхъ народовъ.—Общее происхожденіе ихъ.—Законы о разводѣ въ Англіи.—Американскіе законы.—Легкость развода въ Америкѣ.—Злоупотребленія въ Утахѣ. — Призывъ отвѣтчика въ судъ.—Практика въ Шотландіи и теорія, господствующая тамъ.—Примѣненіе Франціей и Бельгіей иностранныхъ законовъ о разводѣ.—Теорія о добросовѣстно избранномъ мѣстѣ жительства. — Примѣненіе этой теоріи судами въ Англіи и Америкѣ.—Отличіе ея отъ теоріи, примѣняемой во Франціи и Бельгіи.—Зависимость подсудности отъ національности тяжущихся въ Германіи.—Компетенція церковныхъ судовъ разныхъ исповѣданій въ Россіи.

Одинъ итальянецъ, замѣтивъ, что и среди краснокожихъ послѣ чиханія раздаются пожеланія здоровья, воскликнулъ: весь міръ одна страна. Всякій, ознакомившійся съ бракоразводнымъ правомъ и процессомъ современныхъ культурныхъ народовъ, долженъ придти къ тому же заключенію. Существуютъ нѣкорыя отличія, но въ общемъ однообразіе поразительное. Объяснить его не трудно. Основой бракоразводнаго права является нѣсколько постановленій ветхаго, нѣсколько сентенцій новаго завѣта и главнымъ образомъ положенія римскаго права. Эти

основы разработаны каноническимъ правомъ и церковными судами. Хотя римско-католическое каноническое право допускаетъ только separatio—разлученіе отъ стола и ложа, а протестантское—разводъ и разлученіе, но причины, по которымъ допускается то и другое, одинаковы. Онѣ установлены каноническимъ правомъ. Передача бракоразводныхъ дѣлъ въ свѣтскіе суды повела за собою усвоеніе европейскими кодексами и примѣненіе судами нормъ каноническаго права. Эти правила примѣняются и къ евреямъ, съ нѣкоторыми отличіями. Такъ, въ саксонскомъ кодексѣ спеціальныхъ постановленій о разводахъ у евреевъ нѣтъ. Но въ комментаріи къ 52 ст., по которой различіе исповѣданій не обусловливаетъ различія гражданскихъ правъ, сказано, что, вслѣдствіе петиціи, поданной евреями, административнымъ порядкомъ дано знать судебнымъ учрежденіямъ, что къ участію въ рѣшеніи судомъ дѣла о разводѣ приглашаются раввины, которые затѣмъ составляютъ актъ развода *).

Спеціально относительно Англіи слѣдуетъ замѣтить, что церковные суды, дѣйствовавшіе до 1857 г., постановляли рѣшенія только о разлученіи. Для полученія развода приходилось обращаться къ парламенту. Некомпетентность англійскихъ судовъ относительно развода мотивировалась тѣмъ, что и англійскіе церковные суды примѣняютъ дѣйствующее въ Англіи право, а не чуждое имъ каноническое право, декретированное извнѣ. А потому только та часть каноническаго права, которая примѣнялась до реформаціи англійскими церковными судами, осталась въ силѣ и на будущее время, поскольку она не измѣнена статутами, т. е.

*) Siebenhaar. Commentar I, S. 92.

постановленіями парламента. По англійской теоріи парламентъ всемогущъ; онъ не можетъ только превратить мужчину въ женщину и наоборотъ. Англійскіе церковные консисторскіе суды отличались отъ свѣтскихъ лишь тѣмъ, что судьи назначались не короной, а архіепископомъ, но такъ же, какъ и судьи свѣтскихъ судовъ, изъ адвокатовъ, имѣвшихъ хожденіе по бракоразводнымъ дѣламъ. Судьи лондонскаго консисторскаго суда были выдающіеся юристы *).

Такъ какъ церковный судъ былъ единственнымъ судомъ и разбиравшимъ бракоразводныя дѣла, то ему были подвѣдомственны лица всѣхъ исповѣданій, между прочимъ и евреи, причемъ и имъ давалось разлученіе. Это видно изъ дѣла д'Агилларъ, производившагося въ 1794 г. Жена обвиняла мужа въ прелюбодѣяніи и жестокомъ обращеніи. По отношенію къ первому пункту мужъ возразилъ, что онъ адюльтера не совершилъ, ибо у евреевъ конкубинатъ не воспрещенъ. По поводу этого возраженія судья лордъ Стоэль замѣтилъ въ рѣшеніи: «Говорятъ, что еврейскія религіозныя правила допускаютъ конкубинатъ. Вопросъ заключается въ томъ, допускаетъ ли мойсеево исповѣданіе въ нынѣшнемъ его видѣ подобную привилегію. Если бы даже нѣчто подобное допускалось евреями, то большой вопросъ возникъ бы о томъ, какъ слѣдовало бы отнестись къ этой привилегіи христіанскому суду, къ которому они обратились за помощью. Если бы, далѣе, судъ обязанъ былъ считаться съ такою привилегіей, то существованіе ея должно было быть доказано, но я думаю, что это не могло бы быть сдѣлано» **).

*) Bishop, Commentaries on the law of marriage and divorce. Boston, 1852, p. 13.

**) D'Aguilare v. Aguliare. (1794) Bishop, p. 335.

Жена была разлучена съ мужемъ, вслѣдствіе доказанности обвиненій, взведенныхъ на него, съ чѣмъ было связано и назначеніе содержанія для жены.

Съ передачей въ 1857 г., по закону, состоявшемуся въ этомъ году, бракоразводныхъ дѣлъ свѣтскому суду, ему предписано XXII ст. этого акта руководствоваться правилами и практикой церковныхъ судовъ, съ тѣмъ различіемъ, что свѣтскому суду, кромѣ судебнаго разлученія, предоставлено разводить супруговъ въ извѣстныхъ случаяхъ, опредѣленныхъ въ законѣ.

Исходныя точки развитія американскихъ нравовъ и учрежденій—англійскіе нравы и учрежденія. Это невольное перенесеніе на новое мѣсто понятій и идей, выработанныхъ прошлымъ, эта неспособность совлечь съ себя ветхаго человѣка, создать изъ ничего нѣчто новое—освящено англійской теоріей, по которой колонисты переносятъ изъ своей родины все право, дѣйствовавшее въ Англіи во время ихъ эмиграціи, за исключеніемъ тѣхъ частей его, которыя непримѣнимы при новыхъ условіяхъ *). Эта теорія усвоена и американцами **). Такимъ образомъ, бракоразводное право, дѣйствовавшее въ англійскихъ церковныхъ судахъ до 1776 г., т. е. до отдѣленія Соед. Штатовъ отъ Великобританіи, есть основа американскаго права въ этой области. Оно примѣнялось и развивалось американскими судами и законодательствомъ штатовъ. Понятно послѣ этого, что быстрота развода въ Америкѣ, характеризуемая извѣстной поговоркой: «станція Чикаго, 10 минутъ на

*) Bishop. Commentaries, p. 15, 1. Blakst. Comm. 107.

**) Bishop. p. 15—16, 19, 22. Bryce, American Commonwealth I. p. 337—338.

разводъ», должна быть признана миѳомъ. На легкость полученія развода въ Америкѣ указываетъ уже миссъ Мартино въ книгѣ, изданной въ 1842 году. Въ Массачузетсѣ, говоритъ она, разводы получаются съ особенной легкостью. Естественнымъ послѣдствіемъ такого порядка является то, что о такихъ фактахъ не слышно никогда. Свѣдущій юристъ въ Бостонѣ могъ сообщить ей только объ одномъ фактѣ такого рода *).

Насколько судъ въ Чикаго относится враждебно къ пріобрѣтенной имъ репутаціи потатчика разводовъ, совершаемыхъ на курьерскихъ, видно изъ судьбы адвоката Гудрина, состоявшаго при этомъ судѣ и привлеченнаго къ отвѣтственности за печатаніе рекламъ о своей дѣятельности, состоявшей преимущественно въ «проведеніи» бракоразводныхъ дѣлъ. Рекламы его гласили: «Судебные разводы по причинѣ злонамѣреннаго оставленія, жестокаго обращенія и т. д. Гонораръ по полученіи рѣшенія. 8-ми-лѣтній опытъ безъ скандала». Въ концѣ указанъ адресъ его. Или: «Доставляются судебные разводы по несоотвѣтствію характеровъ. Постояннаго пребыванія не требуется». Или: «Доставляются судебные разводы безъ огласки и за небольшую плату».

Привлеченный судомъ къ отвѣтственности за нарушеніе профессіональнаго долга, Гудринъ объяснилъ, что онъ добывалъ разводы въ штатѣ Утахъ. Въ этомъ штатѣ, сказалъ онъ, съ необыкновенною легкостью получаются разводы, которые однако являются дѣйствительными и вполнѣ законными, и онъ слѣдовательно предлагалъ свои услуги для полученія законныхъ ак-

*) Miss Martineau. Society in America. Paris. 1842 I p. 166. Bucle Posth. Works. II p. 4.

товъ. Но судъ призналъ, что публика имѣла достаточныя основанія усматривать изъ его рекламъ, что онъ практикуетъ въ штатѣ Иллинойсъ, что эти рекламы выставляютъ въ скандальномъ видѣ отправленіе правосудія въ Иллинойсѣ и были грубымъ нарушеніемъ его адвокатскихъ обязанностей и профессіональнаго долга, вслѣдствіе чего судъ исключилъ его изъ числа адвокатовъ *).

Изъ приведеннаго разсказа видно, что если не въ Чикаго, то во всякомъ случаѣ въ Утахѣ разводы могутъ быть получены сравнительно легко и скоро, причемъ однако и въ Америкѣ къ такимъ разводамъ не относятся одобрительно. Мало того, вопреки мнѣнію адвоката, промышлявшаго разводами, эти разводы признаются во многихъ штатахъ незаконными и недѣйствительными актами, хотя исходятъ отъ судебной власти, установленной въ штатѣ Утахѣ. Это видно изъ дѣла Нейнгассера, производившагося въ нью-іоркскомъ судѣ. Онъ былъ привлеченъ къ отвѣтственности за оставленіе жены безъ средствъ пропитанія. «Что вы скажете, Нейнгассеръ, эта женщина ваша жена или нѣтъ?»—спросилъ его судья.—Она была моей женой, но я получилъ разводъ.—«А гдѣ вы его добыли»?—Въ городѣ Соляного Озера, въ Утахѣ.—При этомъ обвиняемый вручилъ документъ, представлявшій рѣшеніе суда въ Утахѣ. Судья, разсмотрѣвъ рѣшеніе, обратился къ обвиняемому съ вопросомъ:—«Жили ли вы или были когда нибудь въ Утахѣ?» Въ виду отрицательнаго отвѣта, судья призналъ разводъ недѣйствительнымъ и постановилъ заключить Нейнгассера въ тюрьму до тѣхъ поръ, пока онъ не обяжется дать женѣ средства пропитанія **).

*) Abbott. Iudge and jury. New-Iork. p. 174.
**) Abbott. p. 171.

Такимъ образомъ судебныя власти штатовъ признаютъ злоупотребленіемъ со стороны Ѳемиды въ Утахѣ расторженіе браковъ лицъ, мѣстожительство которыхъ находится внѣ этого штата, признаютъ такой образъ дѣйствій коореннымъ нарушеніемъ автономіи отдѣльныхъ штатовъ. Послѣдствіемъ этого злоупотребленія является другое злоупотребленіе, а именно, что извѣщенія о предъявленіи иска и о явкѣ въ судъ по законамъ штата не должны быть вручаемы самому отвѣтчику, если мѣстожительство его внѣ штата, и что достаточно четырехкратной публикаціи въ одной изъ газетъ территоріи и отсылки копіи исковаго прошенія по мѣсту послѣдняго пребыванія отвѣтчика *). Разъ допускается разборъ дѣлъ о разводѣ между супругами, живущими внѣ данной мѣстности, приходится прибѣгать къ такимъ средствамъ извѣщенія о предстоящемъ процессѣ, которыя въ сущности являются фиктивными.

Одинъ изъ старыхъ англійскихъ каноническихъ писателей, Эйлифъ, считаетъ призывъ отвѣтчика къ явкѣ основнымъ положеніемъ, установленнымъ отъ начала міра — ab origine mundi, ибо, доказываетъ онъ, Богъ призывалъ къ отвѣту Адама, говоря: Адамъ, Адамъ, гдѣ ты? **). На самомъ дѣлѣ явка отвѣтчика въ судъ имѣетъ второстепенное значеніе и не представляетъ собою фундаментальнаго принципа, хотя она считалась такимъ нѣкогда въ Англіи. Что это требованіе не имѣетъ существеннаго значенія и можетъ привести къ довольно неожиданнымъ результатамъ, видно изъ практики шотландскихъ судовъ. Тамъ съ незапамятныхъ временъ установился обычай давать разводы, не принимая во вниманіе постояннаго мѣста

*) Abbott. p. 170.

**) Ayliff. Parergon Juris Canonici Anglicani (1726) p. 180. Bishop, p. 607.

жительства сторонъ. Необходимо было только, чтобы повѣстка о явкѣ въ судъ была вручена отвѣтчику. Для этого достаточно было воспользоваться моментомъ, когда отвѣтчикъ ступилъ на почву Шотландіи, или оставить ее въ мѣстѣ жительства отвѣтчика, если онъ пробылъ тамъ сорокъ дней. Не было надобности, чтобы истецъ когда либо былъ въ Шотландіи. Лучше всего практика шотландскаго суда характеризуется слѣдующимъ фактомъ. Мужъ, вступившій въ бракъ въ Лондонѣ и имѣющій тамъ постоянное жительство, отправился на прогулку въ Шотландію. Онъ остался тамъ не болѣе семи недѣль. Жена, узнавъ, что онъ во время поѣздки имѣлъ любовное приключеніе, предъявила въ Шотландіи искъ о разводѣ. Ему вручена повѣстка, но жена продолжала оставаться въ Лондонѣ, и самъ онъ непосредственно по полученіи повѣстки вернулся туда. Искъ былъ уваженъ *), не смотря на то, что стороны продолжали жить въ Англіи и что въ то время церковные суды въ Англіи только постановляли о разлученіи. Такимъ образомъ Англія, не допуская развода, вынуждена была признавать разводы, совершенные въ Шотландіи, въ виду того, что рѣшенія шотландскихъ судовъ обязательны и въ Англіи.

Теорія шотландскихъ судовъ въ томъ видѣ, какъ она изложена лордомъ Мидобанкомъ по одному дѣлу, въ которомъ былъ предъявленъ отводъ о неподсудности, такова. Иностранцы наравнѣ съ шотландцами подчинены шотландскимъ законамъ во время ихъ пребыванія въ этой странѣ и, разумѣется, должны находиться подъ покровительствомъ этихъ законовъ. Тѣ отношенія, въ которыхъ они стояли другъ къ другу и которыя надлежащимъ образомъ установлены до прибытія ихъ въ эту

*) Bishop, p. 594—595.

страну, должны быть охраняемы соотвѣтственно требованіямъ шотландскаго закона, если эти отношенія таковы, что признаются цивилизованными народами. Если бы было отказано въ примѣненіи закона къ отношеніямъ мужа и жены, отца и ребенка, хозяина и прислуги среди иностранцевъ, пребывающихъ въ Шотландіи, то ее нельзя было бы считать цивилизованною страною, такъ какъ она этимъ предоставляла бы многочисленному кругу людей безнаказанно нарушать тѣ обязанности, на которыхъ зиждутся основныя условія домашней жизни. Вопросъ о постоянномъ мѣстѣ жительства не имѣетъ никакого отношенія ни къ обязательствамъ, вытекающимъ изъ взаимныхъ семейныхъ отношеній, ни къ праву суда возстановлять эти отношенія. Лицо, только что ступившее на почву Шотландіи, столь же обязано содержать свою жену и дѣтей, какъ и послѣ 40-дневнаго пребыванія, и если мужъ ихъ выгоняетъ лишенными средствъ въ первый день своего прибытія, они въ той же мѣрѣ вправѣ отыскивать алименты, какъ въ томъ случаѣ, когда бы онъ совершилъ это дѣяніе послѣ 40-дневнаго пребыванія. Домашнія отношенія настолько тѣсно связаны съ удобствами жизни и благосостояніемъ общества, что гдѣ бы заинтересованныя стороны ни находились, невозможно отказаться отъ разбирательства относящихся къ нимъ дѣлъ, не навлекая на страну обвиненія въ отказѣ въ правосудіи *).

Этому принципу англійскіе судьи еще въ 1812 г. по дѣлу Доллей противупоставили совершенно противоположный принципъ, что суды иностранныхъ государствъ не вправѣ расторгнуть англійскій бракъ по основаніямъ, по которымъ онъ не могъ бы быть расторгнутымъ въ самой Англіи. Вслѣдствіе

*) Bishop, p. 596—597.

этого англичанинъ, разведенный въ Шотландіи и вступившій во второй бракъ, былъ обвиненъ въ двоеженствѣ *). Изъ этого рѣшенія сдѣланъ былъ принципіальный выводъ, что при разрѣшеніи вопроса о расторженіи брака рѣшающее значеніе имѣютъ законы страны, въ которой бракъ совершенъ — lex loci contractus.

Повидимому, на выводѣ, сдѣланномъ изъ этого рѣшенія, основано и мнѣніе писателей по международному праву, на которыхъ ссылается проф. Ф. Мартенсъ въ доказательство того положенія, выставленнаго имъ, что бракъ, заключенный въ Англіи или Соединенныхъ Штатахъ, можетъ быть расторгнутъ будто бы только въ ихъ судахъ и по ихъ законамъ **). На самомъ дѣлѣ это не такъ: это правило дѣйствовало, но не дѣйствуетъ. Впрочемъ, и проф. Мартенсъ, выставивъ указанное положеніе, тутъ же прибавляетъ, что англійская судебная практика вмѣстѣ съ тѣмъ признаетъ компетентность суда законнаго мѣстожительства для расторженія брака и что будто бы остается невыясненнымъ, какой именно судъ подходитъ подъ это условіе. На самомъ дѣлѣ судебныя рѣшенія по конкретнымъ случаямъ, какъ мы увидимъ ниже, выясняютъ этотъ вопросъ.

Въ 1835 году разбиралось слѣдующее дѣло. Шотландецъ Уарендеръ женился въ Англіи на англичанкѣ. Затѣмъ онъ вернулся въ Шотландію и поселился тамъ, а жена жила заграницей. Онъ предъявилъ впослѣдствіи искъ о разводѣ, и та же палата лордовъ, которая по дѣлу Иоллея признала ан-

*) Lolley (1812). Bishop. p. 615. Dixon. Divorce. London (1885). p. 20.

**) Мартенсъ. Современное междунар. право. Спб. (1888). II. стр. 311.

глійскій бракъ нерасторжимымъ въ другой странѣ, утвердила рѣшеніе шотландскаго суда о разводѣ въ качествѣ апелляціонной инстанціи надъ шотландскими судами. По поводу этого дѣла одинъ изъ судей, лордъ Линдгорстъ, сопоставляя его съ рѣшеніемъ по дѣлу Лоллей, выразился слѣдующимъ образомъ. Необходимо признать, что рѣшенія англійскихъ и шотландскихъ судовъ по вопросу о расторженіи браковъ находятся въ непримиримомъ противорѣчіи. Согласно существующимъ въ этихъ странахъ законамъ, Уарендеръ вправѣ имѣть двухъ женъ. Разведенный въ Шотландіи, онъ вправѣ вступить здѣсь въ новый бракъ. Но по англійскимъ законамъ бракъ его не расторгнутъ, и онъ вправѣ жить въ Англіи съ первой женой. Такимъ образомъ, если онъ перейдетъ границу Англіи, его англійская жена вправѣ обратиться къ нему въ англійскомъ судѣ съ искомъ о возстановленіи супружескаго сожительства или объ адюльтерѣ, совершенномъ съ шотландской женою. Отошлите его въ Шотландію, и его шотландская жена вправѣ предъявить къ нему такой же искъ въ Шотландіи. Но лордъ Брумъ въ томъ же дѣлѣ Уарендеръ, во-первыхъ, показалъ, что рѣшеніе по дѣлу Лоллей не имѣетъ принципіальнаго значенія. Въ дѣлѣ Лоллей стороны не только вступили въ бракъ, но имѣли постоянное пребываніе въ Англіи и устроили себѣ лишь фиктивное пребываніе въ Шотландіи для того, чтобы расторгнуть бракъ. Къ такимъ случаямъ рѣшеніе, постановленное по этому дѣлу, вполнѣ примѣнимо, но отнюдь не къ другимъ случаямъ, хотя рѣшеніе и выражено въ общей формѣ. Затѣмъ лордъ Брумъ указалъ на несостоятельность теоріи, которая могла бы быть выведена изъ дѣла Лоллея, что при расторженіи брака въ какой бы то ни было странѣ должны быть примѣнены законы, существующіе на этотъ счетъ въ той

странѣ, гдѣ заключенъ брачный договоръ. Говорятъ, что расторжимость или нерасторжимость брака есть существо заключеннаго договора. Но въ такомъ случаѣ шотландецъ, живущій въ Англіи, вправѣ требовать отъ англійскаго суда развода, не смотря на то, что англійскіе законы (до 1857 г.) допускаютъ лишь разлученіе. А если бракъ заключенъ въ Пруссіи, то стороны вправѣ требовать въ англійскомъ судѣ развода, согласно прусскому кодексу, по несоотвѣтствію характеровъ. Очевидно, права и обязанности, вытекающія изъ договора, нельзя признавать сущностью договора, частью самаго договора *).

Какъ ни страннымъ кажется лорду Бруму примѣненіе одною страною законовъ другой страны въ дѣлахъ о расторженіи брака, т. е. руководство чужими взглядами и воззрѣніями, тѣмъ не менѣе такой порядокъ существуетъ, между прочимъ, во Франціи и Бельгіи.

Французскіе суды, основываясь на 3 ст. Code civile, по которой личныя права, состояніе (état) француза, живущаго за границей, опредѣляются законами его родины и, относя къ состоянію и права, вытекающія изъ брака, признаютъ и для иностранцевъ, живущихъ во Франціи, обязательными законы ихъ родины — разъ они подданства не перемѣнили—относительно расторженія брака, которые въ подобномъ случаѣ должны примѣняться и французскими судами. Вслѣдствіе этого французскій судъ отказываетъ португальцу, живущему вмѣстѣ съ женою во Франціи, въ искѣ о разводѣ, въ виду того, что португальскій законъ не допускаетъ развода, но

*) Warrender v. Warrender (1835 г.). Bishop, p. 622—624.

постановляетъ о разлученіи супруговъ, что допускается и португальскими законами *).

Точно также и бельгійскіе суды признаютъ, что въ процессѣ о разводѣ между иностранцами необходимо установить, являются ли факты, выяснившіеся въ процессѣ, основаніемъ развода по иностранному закону **). Не допускается, впрочемъ, примѣненіе иностраннаго закона въ томъ случаѣ, если онъ можетъ оказаться противорѣчащимъ общественному порядку и нравственности ***).

Насколько приведенныя правила о подданствѣ и примѣненіи иностранныхъ законовъ могутъ быть признаны разумными, соотвѣтствующими требованіямъ культуры и времени, когда передвиженіе изъ одной страны въ другую приняло столь обширные размѣры, можно видѣть изъ сопоставленія ихъ съ положеніями, принятыми въ руководство въ настоящее время Англіей и почти повсемѣстно Соединенными Штатами.

Каждое государство имѣетъ несомнѣнное право опредѣлять семейное и общественное положеніе (status personalis) лицъ, имѣющихъ постоянное жительство въ предѣлахъ его территоріи. Это положеніе въ свою очередь вытекаетъ изъ болѣе общаго положенія, что каждое государство пользуется исключительнымъ суверенитетомъ въ предѣлахъ его территоріи. Если лицо временно мѣняетъ свое мѣстожительство, то оно тѣмъ не менѣе сохраняетъ то положеніе, какое установлено на мѣстѣ постояннаго его жительства. Другое дѣло, если лицо мѣняетъ мѣсто жительства съ тѣмъ, чтобы установить постоянное новое мѣсто жительства, *поселиться* на новомъ мѣстѣ. Въ такомъ случаѣ

*) Tribun. Seine 12 juin 1888. Coulon. Divorce. Paris (1891) III, p. 564.
**) Trib. Bruxelles 20 avril 1887 и др. Coulon, III, 566.
***) Coulon. III, 566—567.

не происхожденіе его, не родина его, а то мѣсто, которое онъ выбралъ для постояннаго жительства, опредѣляетъ его семейное и общественное положеніе. Такимъ образомъ судъ дѣйствительнаго, по доброй совѣсти (bona fide) избраннаго, постояннаго мѣста жительства сторонъ, говоря словами американскаго судьи Стори, является тѣмъ судомъ, который можетъ дѣлать постановленія о разводѣ по причинамъ, допускаемымъ мѣстными законами. Подъ добросовѣстно избраннымъ мѣстомъ жительства разумѣется такое, въ которомъ лицо дѣйствительно намѣрено остаться (имѣетъ animus remanendi), въ которомъ оно поселилось. Если лицо переселилось въ другое мѣсто лишь съ тою цѣлью, чтобы совершить актъ, не допускаемый законами его мѣста жительства, то этотъ актъ не можетъ имѣть той силы, какую бы онъ получилъ, если бы мѣсто жительства было выбрано по доброй совѣсти *).

По общимъ положеніямъ трудно судить о томъ, какъ они примѣняются въ конкретныхъ случаяхъ, которые рѣдко являются въ столь простомъ видѣ, чтобы общія положенія могли быть примѣнены къ нимъ безъ дальнѣйшихъ разсужденій. Насколько сложны и запутаны бываютъ дѣйствительныя явленія, къ которымъ приходится примѣнять общія положенія, можно судить по слѣдующему дѣлу. Истица англичанка вступила въ бракъ съ отвѣтчикомъ Бондъ въ Англіи. Супруги пожили нѣкоторое время въ одномъ изъ англійскихъ городовъ, потомъ переѣхали къ родителямъ мужа въ Ирландію и затѣмъ переселились въ Лондонъ. Хотя они впослѣдствіи опять уѣзжали въ Ирландію, но вскорѣ вернулись оттуда, при чемъ привезли съ собою горничную. Горничная не долго оставалась у нихъ и вернулась

*) Bishop. p. 583, 584, 586, 589, 592 (въ прим. слова Берджа).

въ Ирландію, а за нею уѣхалъ туда и мужъ. Жена, пріѣхавъ въ Ирландію въ томъ же году, убѣдилась, что мужъ открыто живетъ съ горничною. Пріѣздъ жены былъ встрѣченъ весьма нелюбезно. Она вернулась въ Англію и предъявила искъ о разводѣ по причинѣ адюльтера и жестокаго обращенія. Судъ призналъ дѣло себѣ подсуднымъ, такъ какъ нѣтъ основанія считать мужа поселившимся въ Ирландіи, и удовлетворилъ искъ жены *). Въ томъ же смыслѣ рѣшено дѣло Броди. Мужъ, шотландецъ, живя въ Австраліи, женился тамъ. Послѣ нѣсколькихъ лѣтъ супружеской жизни, они разошлись; мужъ уѣхалъ съ дѣтьми въ Англію, назначивъ женѣ содержаніе, по соглашенію съ нею. Мужъ жилъ нѣкоторое время въ разныхъ городахъ и наконецъ поселился въ Лондонѣ, нанявъ домъ по долгосрочному контракту. По полученіи свѣдѣній о томъ, что жена вступила въ Австраліи въ связь съ другимъ лицомъ, онъ предъявилъ въ Лондонѣ искъ о разводѣ, который былъ удовлетворенъ **).

Напротивъ, въ дѣлѣ ирландца Маннинга, мѣстомъ жительства котораго была Ирландія и который до предъявленія иска поселился въ Англіи, судъ пришелъ къ убѣжденію, что характеръ его дѣлъ не позволяетъ ему имѣть постоянное жительство въ Лондонѣ, хотя онъ и утверждаетъ, что не намѣренъ вернуться въ Ирландію. Отводъ о неподсудности, предъявленный женою, былъ уваженъ ***). По поводу этого дѣла лордъ Пензенсъ высказалъ, между прочимъ, слѣдующее: если бы конкретный фактъ, который пришлось бы обсуждать суду, былъ обратнымъ случаемъ, т. е. если бы англійскому суду

*) Bond v. Bond (1830) Browning, Marriage, p. 58. Dixon, p. 62.
**) Brodie v. Brodie (1861) Browning, p. 58, 59. Dixon, p. 61, 62.
***) Manning v. Manning (1871) Browning, p. 59. Dixon, p. 62.

пришлось обсуждать вопросъ, насколько имѣющіе постоянное жительство въ Англіи должны подчиняться рѣшенію иностраннаго суда, то, по существующей тенденціи англійскихъ судовъ, они отвергли бы при такихъ условіяхъ власть иностраннаго суда въ расторженія англійскаго брака. Было бы печально, если бы англійскій судъ шелъ по другому направленію въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ опредѣляетъ, въ какой мѣрѣ онъ подчиняетъ своему вѣдѣнію иски иностранцевъ о разводѣ *). Проще говоря, англійскій судъ, не допуская, чтобы иностранные суды расторгали браки лицъ, имѣющихъ постоянное жительство въ Англіи, не могутъ присвоивать себѣ права расторгать браки лицъ, имѣющихъ въ сущности постоянное жительство внѣ Англіи и только временно живущихъ въ Англіи или выдающихъ себя за лицъ, поселившихся въ Англіи.

Что искъ о разводѣ и въ Америкѣ можетъ быть предъявленъ лишь въ bona fide выбранномъ мѣстѣ жительства супруговъ и что только рѣшеніе о разводѣ, состоявшееся въ такомъ мѣстѣ, имѣетъ силу, видно какъ изъ приведенныхъ выше рѣшеній судебныхъ мѣстъ, производившихся недавно, такъ и изъ слѣдующаго дѣла, производившагося много лѣтъ тому назадъ.

Супружеская чета вступила въ бракъ въ Нью-Іоркѣ и прожила здѣсь совмѣстно около года. Затѣмъ жена уѣхала въ Вермонтъ и предъявила въ тамошнемъ судѣ искъ о разводѣ, по причинѣ, которая не могла бы служить основаніемъ развода по законамъ штата Нью-Іоркъ. Въ рѣшеніи о разводѣ въ пользу жены опредѣлено и содержаніе (алименты). Для того, чтобы привести въ исполненіе эту часть рѣшенія,

*) Dixon, p. 65.

женѣ необходимо было предъявить искъ по мѣсту жительства отвѣтчика. Въ искѣ было отказано, такъ какъ разводъ, полученный въ Вермонтѣ, былъ обходомъ закона, дѣйствующаго въ мѣстѣ жительства супруговъ. Въ рѣшеніи судсказано: должно быть признано общимъ правиломъ, что если какой либо актъ совершенъ въ обходъ закона (in fraudem legis), онъ не можетъ лечь въ основу иска въ судѣ той страны, законы которой пытаются нарушить *).

Постоянное жительство не есть Staatsangehörigkeit, не есть подданство, и законы мѣстожительства сторонъ не есть законы ихъ національности. Между тѣмъ извѣстный изслѣдователь международнаго частнаго (гражданскаго) права, Баръ, повидимому смѣшиваетъ ихъ **) и такимъ образомъ бросаетъ въ одну кучу совершенно несовмѣстимыя вещи. Правила, дѣйствующія во французскомъ и бельгійскомъ судахъ, не только тѣмъ отличаются отъ англійскихъ и американскихъ, что во французскихъ судахъ допускается примѣненіе иностранныхъ законовъ о расторженіи брака, между тѣмъ какъ англичане и американцы примѣняютъ только свои законы, и временно пребывающихъ иностранцевъ вслѣдствіе этого изъемлютъ отъ своей подсудности, но и тѣмъ, что англичане и американцы обращаютъ вниманіе на дѣйствительное мѣстожительство, если оно не случайно, а французы и бельгійцы—на національность т. е. на предполагаемое мѣсто жительства. Разница между этими теоріями можетъ быть наглядно выяснена для русскаго юриста, если онъ вспомнитъ разницу опредѣленія мѣстожи-

*) Jackson v. Jackson. Bishop, p. 578.

**) Bar. Theorie und Praxis des internation. Privatrechts (1889) I, 482.

тельства прежняго Уст. о пасп. отъ опредѣленія въ Уст. Гр. Суд. Первое опредѣлялось по мѣсту приписки, т. е. по мѣсту, гдѣ приписанный жилъ весьма рѣдко,—второе опредѣляется по мѣсту службы лица, средоточія его дѣятельности и т. д., т. е. по мѣсту, гдѣ лицо дѣйствительно живетъ.

Германскій кассаціонный судъ ставитъ вопросъ о подсудности исковъ о расторженіи браковъ въ зависимость именно отъ подданства заинтересованныхъ въ дѣлѣ сторонъ. Вотъ одно изъ разсмотрѣнныхъ имъ дѣлъ и рѣшеніе, состоявшееся по этому дѣлу. Нѣмецкій подданный помолвленъ въ Гамбургѣ съ нѣмкой. Затѣмъ поселился въ Перу и вызвалъ туда свою невѣсту для заключенія брака, который и состоялся 11 октября 1878 г. въ Лимѣ, при участіи германскаго консула, уполномоченнаго закономъ регистрировать браки германскихъ подданныхъ на чужбинѣ. Вскорѣ мужъ бросилъ жену въ Лимѣ безъ всякихъ средствъ существованія и поселился въ Иквикве съ сожительницей перуанкой. Жена вернулась въ Германію и предъявила въ Гамбургѣ искъ о расторженіи брака. Въ первой инстанціи въ искѣ отказано по неподсудности. Апелляціонная инстанція утвердила это рѣшеніе, но сенатъ отмѣнилъ его по слѣдующимъ соображеніямъ. Жена вправѣ предъявить искъ къ мужу—германскому подданному, живущему постоянно за границей, по мѣсту послѣдняго его жительства, т. е. для подсудности дѣла германскому суду требуется только, чтобы мужъ бросилъ жену, будучи германскимъ подданнымъ и чтобы онъ имѣлъ когда либо мѣстожительство въ Германіи. Не требуется, какъ утверждала апелляціонная инстанція, для установленія подсудности, чтобы супружеская чета имѣла мѣсто жительства въ Германіи и

чтобы мужъ бросилъ жену въ Германіи, поселившись затѣмъ заграницей *).

Въ русскомъ законѣ не существуетъ никакихъ правилъ по вопросу о компетенціи русскаго суда въ дѣлѣ расторженія брака иностранцевъ, живущихъ въ Россіи. Но такъ какъ по русскимъ законамъ разрѣшеніе этихъ вопросовъ подвѣдомственно церковнымъ судамъ того исповѣданія, къ которому принадлежатъ лица, находящіяся въ бракѣ, то очевидно, что церковные суды признали бы себя компетентными въ разрѣшеніи исковъ о разводѣ или о разлученіи лицъ, принадлежащихъ къ данному исповѣданію, хотя бы они были иностранцами, и примѣнили бы къ нимъ законы, дѣйствующіе въ Россіи по этому предмету, т. е. примѣняемые соотвѣтствующими церковными судами. Насколько эти суды признали бы правильнымъ расторженіе брака, совершенное надъ русскими подданными заграницей не по правиламъ данной церкви, трудно сказать относительно церковныхъ судовъ римско-католическаго и православнаго исповѣданій. Весьма вѣроятно, что они признали бы въ подобныхъ случаяхъ иностранные суды некомпетентными въ расторженіи браковъ русскихъ подданныхъ. Церковный судъ евангелическо-лютеранской церкви, напротивъ, призналъ бы, по всей вѣроятности, компетентность иностранныхъ судовъ и для русскихъ подданныхъ этого вѣроисповѣданія.

Можно поэтому лишь съ значительной натяжкой признать и для Россіи общимъ правиломъ положеніе, выставленное проф. Мартенсомъ и дѣйствующее въ Германіи, что въ рѣшеніи

*) Urt. Civilsen. 9 Juni 1883. Hergenhahn. Eheschliess-u. Ehescheidungsrecht (1890). 166—167.

дѣлъ о разводѣ компетентенъ національный судъ мужа *). Я говорю, что это положеніе дѣйствуетъ въ Германіи. Во Франціи и Бельгіи въ сущности дѣйствуетъ другое положеніе, что обязателенъ національный законъ, но компетентенъ и иностранный судъ. Это правило примѣнимо и къ положенію русскихъ подданныхъ заграницей по отношенію къ разводу: для нихъ обязателенъ національный законъ, но и для иностранцевъ въ Россіи, если они предъявятъ искъ въ русскомъ (церковномъ) судѣ, обязателенъ русскій законъ (а не національный) и компетентенъ русскій судъ.

---

*) Мартенсъ. II, стр. 311.

ГЛАВА II.

Формы развода.

Разводъ возникаетъ лишь со времени установленія пожизненнаго брака посредствомъ купли.—Три формы расторженія брачнаго союза.—Соотвѣтствіе этихъ формъ устройству суда въ разные періоды исторической жизни человѣчества.—Чѣмъ вызывается участіе суда въ разводѣ.—Между племенная борьба.—Установленіе причинъ развода.—Миѳъ о Гефестѣ и Афродитѣ.—Имущественная отвѣтственность виновнаго при расторженіи брака у первобытныхъ народовъ.—Имущественная отвѣтственность ведетъ къ обузданію мужа въ отверженіи жены.—Актъ развода у евреевъ.—Мужъ отвергаетъ жену.—Имущественная отвѣтственность при неправильномъ отверженіи.—Обрядовыя дѣйствія при совершеніи акта.—Разводъ въ древнемъ Римѣ, у древнихъ германцевъ.—Устраненіе произвола мужа ведетъ къ установленію нерасторжимости брака и разлученія въ случаѣ необходимости.—Одновременно устанавливаются причины недѣйствительности брака.—Возникновеніе судебнаго расторженія брака.—Отношеніе американцевъ къ институту разлученія.—Разводъ у евреевъ въ Австро-Венгріи и Царствѣ Польскомъ.

Разводъ, говоритъ Вольтеръ, почти столь же старое учрежденіе, какъ бракъ. Я думаю, что послѣднее старѣе только на нѣсколько недѣль. Это не совсѣмъ вѣрно. Нельзя не считать бракомъ ту первобытную форму его, которую можно на-

звать бракомъ на время. Но при такой формѣ брака очевидно нѣтъ развода, а есть прекращенie брачнаго сожительства съ наступленiемъ срока его. Образчикомъ такого брака на время является та форма брака въ Римѣ—usus, которая, по постановленiю, имѣющемуся въ XII таблицахъ, превращалась въ постоянный бракъ, когда жена не воспользовалась правомъ оставить домъ мужа ежегодно на три ночи, слѣдующiя другъ за другомъ. Очевидно, срокъ этого брака былъ годичный, и только въ томъ случаѣ, если бракъ продолжался и въ слѣдующемъ году безъ перерыва между ними, хотя бы въ теченiи трехъ слѣдующихъ другъ за другомъ ночей, онъ превращался въ постоянный бракъ *). Перерывъ этотъ по волѣ жены очевидно нельзя считать разводомъ.

Даже расширяя понятiе развода, т. е. разумѣя подъ нимъ не только судебное расторженiе брака, но и разлученiе ихъ по доброй волѣ и отверженiе однимъ супругомъ другого,—о разводѣ можно говорить только съ того момента, когда установился бракъ па всю жизнь. Иначе говоря, разводъ въ этомъ обширномъ смыслѣ возникъ лишь съ установленiемъ экзогамическаго брака посредствомъ купли. Хотя и похищенiе женщинъ изъ другихъ общинъ ведетъ къ тому, что женщина становится достоянiемъ лица мужескаго пола, добычею котораго она стала разумѣется на всю жизнь, но въ виду того, что она является плѣнницей мужа, удаленiе ея отъ супружескаго сожительства властелиномъ нисколько не измѣняетъ ея положенiя, она не перестаетъ быть его плѣнницею, она продолжаетъ оставаться въ его власти. Онъ можетъ, конечно, убить ее,

*) Gaj Inst. 1 § 110 quotannis trinoctio abesset, atque eo modo usum cujusque anni interrumperet.

продать и даже отпустить, если не считаетъ нужнымъ кормить ее, но онъ отпускаетъ плѣнницу, но не жену. Купля женщины, постепенно вытѣснявшая пріобрѣтеніе силою и насиліемъ, приводила отчасти къ тому же результату. Женщина становилась собственностью мужа до смерти, рабыней; но, будучи собственностью, она была главнымъ образомъ женою, для этой цѣли преимущественно пріобрѣталась.

Съ водвореніемъ экзогамической формы брака, по необходимости пожизненной, и эндогамическій бракъ на время все болѣе принималъ характеръ пожизненнаго.

Repudium, separatio и divortium—отверженіе женщины, разлученіе супруговъ отъ стола и ложа на всю жизнь и разводъ въ собственномъ смыслѣ—вотъ три ступени, чрезъ которыя проходитъ въ исторической жизни культурныхъ народовъ расторженіе брачнаго союза. Общая черта между ними заключается не только въ томъ, что онѣ прекращаютъ продолженіе пожизненнаго брачнаго союза, но что всѣ онѣ совершаются при участіи общественной власти.

Общественная власть, принимая участіе какъ въ совершеніи repudium'a, такъ и въ разлученіи и разводѣ, участвуетъ въ этихъ случаяхъ неодинаково. Выражаясь терминами, употребительными въ настоящее время, мы можемъ сказать, что въ первомъ случаѣ она участвуетъ лишь въ качествѣ нотаріальнаго учрежденія, руководитъ дѣйствіями сторонъ, присутствуетъ при совершеніи ихъ, укрѣпляетъ эти дѣйствія; въ остальныхъ двухъ случаяхъ общественная власть является въ роли судебнаго учрежденія, выслушиваетъ споръ, оцѣниваетъ доказательства и постановляетъ рѣшеніе.

Какъ ни велика эта разница, но она обусловливается тѣмъ, что на раннихъ ступеняхъ культуры судъ есть ничто

иное, какъ учрежденіе, которое мы назвали бы нотаріальнымъ. Если мы припомнимъ, что споры въ тѣ отдаленныя отъ насъ времена рѣшались полемъ, поединкомъ сторонъ или пособниковъ, а съ теченіемъ времени присягой ихъ или соприсяжниковъ, что такимъ образомъ дѣятельную роль въ судѣ играли стороны, а судъ въ качествѣ наблюдающаго, пассивнаго элемента только отмѣчалъ результаты происходившаго предъ нимъ не словеснаго, а фактическаго состязанія *), то мы поймемъ, что и при спорѣ между мужемъ и женою роль суда могла заключаться лишь въ присутствованіи при совершеніи акта, заканчивавшаго этотъ споръ.

Роль суда въ тѣ періоды исторической жизни, когда возникаетъ разлученіе и разводъ, совершенно иная, а потому и участіе суда въ совершеніи этихъ актовъ становится инымъ, т. е. тождественнымъ съ тѣмъ, какое судъ въ болѣе культурные періоды принимаетъ въ разрѣшеніи всякихъ споровъ по имуществу и обязательствамъ.

Участіе общественной власти въ спорѣ между мужемъ и женою съ самыхъ раннихъ періодовъ жизни человѣчества вызывалось, во-1-хъ, тѣмъ, что брачный союзъ есть на раннихъ ступеняхъ культуры, при совершеніи брака съ помощью купли жены, не союзъ, заключаемый данными лицами, а союзъ, заключаемый въ той или иной формѣ общинами, племенами; отсюда и расторженіе этого союза можетъ произойти только при участіи общества, по причинамъ, санкціонированнымъ обычаями или правилами, дѣйствующими въ данной общинѣ, въ данномъ племени; отверженная мужемъ

*) См. мои Очерки сравн. этнографіи, стр. 150; Сергѣевичъ. Лекціи по исторіи русск. пр. (1883), стр. 567, 568, 570, 973.

жена должна вернуться къ своему роду и племени и можетъ прибѣгнуть къ защитѣ ихъ; во-2-хъ, тѣмъ, что съ отверженіемъ жены, пріобрѣтенной куплею, связано обратное истребованіе суммы, за которую она пріобрѣтена, и личныя несогласія между мужемъ и женою, ведущія къ расторженію брака, принимаютъ характеръ имущественнаго спора между двумя общинами, который можетъ окончиться и кровопролитіемъ. Нарушеніе междуплеменной или междуродовой сдѣлки можетъ вызвать борьбу. Очевидно, что причины, по которымъ сдѣлка нарушена, должны быть одобрены племенемъ или родомъ для того, чтобы онъ могъ принять на себя отвѣтственность за это нарушеніе.

Что послѣдствіемъ семейныхъ несогласій является междуплеменная или междуобщинная борьба, видно изъ разсказа Медаковича о томъ, что происходитъ у черногорцевъ. И среди черногорцевъ, разсказываетъ онъ, часто случается, что молодые супруги начинаютъ питать отвращеніе другъ къ другу. Бываетъ это и чрезъ два мѣсяца послѣ брака и чрезъ дватри года. Случается, что новобрачная уже на пятнадцатый день бросаетъ мужа и возвращается къ своему роду. Исходитъ ли причина несогласія отъ одной или другой стороны, во всякомъ случаѣ въ несогласіяхъ участвуетъ все братство и все племя той и другой стороны. Послѣдствіемъ подобныхъ случаевъ у черногорцевъ часто бываютъ кровавыя распри. Одинъ родъ защищаетъ жену, братство защищаетъ братственника, и такимъ образомъ дѣло доходитъ между двумя племенами или братствами до ножа и убійства. Благодаря кровавой мести, нельзя предвидѣть и конца начавшейся рѣзни *).

Такимъ образомъ, уже съ самыхъ раннихъ періодовъ жизни

*) Kraus, Sitte u. Brauch d. Südslaven (1885), S. 567.

человѣчества устанавливаются опредѣленныя причины, по которымъ допускается расторженіе брака.

Среди племенъ, живущихъ въ западной Викторіи, описанныхъ Даусономъ, мужъ вправѣ разойтись съ бездѣтной женой по основательнымъ причинамъ, но въ каждомъ данномъ случаѣ обвиненія противъ жены должны быть предварительно формулированы предъ предводителями какъ племени мужа, такъ и племени жены. У санталовъ и типераговъ расторженіе брака можетъ произойти лишь съ согласія соплеменниковъ или судилища, составленнаго изъ старѣйшинъ нѣсколькихъ поселеній. У готтентотовъ мужъ, по словамъ Колбена, можетъ разойтись со своей женой лишь въ томъ случаѣ, когда причины, по которымъ это дѣлается, будутъ признаны удовлетворительными населеніемъ того краля, въ которомъ они живутъ. Среди басутусовъ, по словамъ Казалиса, только безплодіе не вызываетъ пререканій о правильности развода *). Среди ацтековъ расторженіе брака и даже удаленіе наложницы допускалось лишь при наличности достаточныхъ основаній и санкціи суда. Само собою разумѣется, что причины, по которымъ допускается расторженіе брака, весьма разнообразны и многочисленны, и признаніе ихъ основательности и серьезности обусловливается не столько объективнымъ характеромъ ихъ, сколько настроеніемъ и чувствами первобытнаго человѣка. Такъ какъ, далѣе, при расторженіи брака опредѣленіе вины той или другой стороны имѣло цѣлью главнымъ образомъ опредѣленіе имущественной отвѣтственности или судьбы продажной цѣны, калыма, вѣна, даннаго за жену, то мужъ и соплеменники, отказываясь отъ требованія о возвратѣ его, могли признать до-

*) Westermark. History of human marriage. London (1891) p. 523—524. Данныя эти подтверждены ссылкой на источники.

статочной причиной какое бы то ни было несогласіе между мужемъ и женой.

Въ «Одиссеѣ» богъ кузнецъ-Гефестъ удерживаетъ измѣнившую ему Афродиту-Венеру и соучастника ея Арея-Марса въ выкованныхъ имъ сѣтяхъ для того, чтобы получить обратно данные отцу измѣнницы дары. Гефестъ отпускаетъ плѣнниковъ лишь послѣ того, какъ на судѣ боговъ ему дано ручательство, что калымъ ему будетъ возвращенъ. Въ этомъ въ сущности и состоитъ весь судъ. Какъ увидимъ ниже, такое отношеніе къ адюльтеру обманутаго мужа возникаетъ на сравнительно поздней ступени культуры.

Вообще весь миѳъ о Гефестѣ, Афродитѣ и Ареѣ характеризуетъ такое состояніе общества, о которомъ мы имѣемъ весьма скудныя свѣдѣнія, хотя остатки его сохранились до новѣйшаго времени въ видѣ тайныхъ браковъ, совершавшихся до 1856 г. въ шотландской кузницѣ въ Гретна-Гринъ на границѣ Англіи. Я приведу поэтому миѳъ этотъ цѣликомъ.

Лирой гремя сладкозвучной, пѣлъ Демодокъ вдохновенный
Пѣснь о прекраснокудрявой Кипридѣ и богѣ Ареѣ:
Какъ ихъ свиданіе первое въ домѣ владыки Ифеста
Было; какъ, много истративъ богатыхъ даровъ, опозорилъ
Ложе Ифеста Арей, какъ открылъ наконецъ все Ифесту
Геліосъ зоркій, любовное ихъ подстерегши свиданье.
Только достигла обидная вѣсть до Ифестова слуха,
Мщеніе въ сердцѣ замысливъ, онъ въ кузницѣ плаху поставилъ,
Крѣпко свою наковальню уладилъ на ней и проворно
Сѣти сковалъ изъ желѣзныхъ крѣпчайшихъ, ничѣмъ неразрывныхъ
Проволокъ. Хитрый окончивши трудъ и готовя Арею
Стыдъ, онъ пошелъ въ тотъ покой, гдѣ богатое ложе стояло.
Тамъ онъ сѣтями своими опутавъ подножье кровати,
Ихъ на нее опустилъ съ потолка паутиною тонкой;
Были не только невидимы оку людей, но и взорамъ

Вѣчныхъ боговъ непримѣтны онѣ: такъ искусно сковалъ ихъ,
Мщенье готовя, Ифестъ. Западню передъ ложемъ устроивъ,
Онъ притворился, что путь свой направилъ въ Лемносъ, крѣпкозданный
Городъ, всѣхъ болѣ другихъ городовъ на землѣ имъ любимый.
Зорко за нимъ наблюдая, Арей златоуздный тогда же
Свѣдалъ, что въ путь свой Ифестъ, многославный художникъ, пустился.
Сильной любовью къ прекрасновѣнчанной Кипридѣ влекомый,
Въ домъ многославнаго бога-художника тайно вступилъ онъ.
Зевса отца посѣтивъ на высокомъ Олимпѣ въ то время,
Дома одна, отдыхая, сидѣла богиня. Арей, подошедши,
За руку взялъ и по имени назвалъ ее и сказалъ ей:
Милая, часъ благосклоненъ, пойдемъ на роскошное ложе;
Мужъ твой Ифестъ далеко; онъ на островъ Лемносъ удалился
Вѣрно къ суровымъ синтійцамъ, нарѣчія грубаго людямъ.
Такъ онъ сказалъ и на ложе охотно легла съ нимъ Киприда.
Мало по малу и онъ и она усыпились. Вдругъ сѣти,
Хитрой Ифеста работы, упавъ, ихъ схватили съ такою
Силой, что не было средства, ни встать имъ, ни тронуться членомъ;
Скоро они убѣдились, что бѣгство для нихъ невозможно;
Скоро и самъ, не свершивъ половины пути, возвратился
Въ домъ свой Ифестъ многоумный, на обѣ хромающій ноги;
Геліосъ Зоркій его обо всемъ извѣстить не замедлилъ.
Въ домъ свой вступивши съ печалію милаго сердца, поспѣшно
Двери Ифестъ отворилъ, и душа въ немъ исполнилась гнѣвомъ;
Громко онъ началъ вопить, чтобъ его всѣ услышали боги:
Дій, вседержитель, блаженные, вѣчные боги, сберитесь
Тяжкообидное, смѣха достойное дѣло увидѣть.
Какъ надо мной хромоногимъ Зевесова дочь Афродита
Гнусно ругается, съ грознымъ Ареемъ губительнымъ богомъ
Здѣсь сочетавшись. Конечно, красавецъ и твердъ на ногахъ онъ
Я жъ отъ рожденія хромъ—но моею-ль виною? Виновны
Въ томъ лишь родители. Горе мнѣ, горе! Зачѣмъ я родился?
Вотъ посмотрите, какъ оба, обнявшися нѣжно другъ съ другомъ,
Спятъ на постели моей. Несказанно мнѣ горько то видѣть.
Знаю однако, что такъ имъ въ другой разъ заснуть не удастся.
Сколь ни сильна въ нихъ любовь, но конечно охота къ такому

Сну въ нихъ теперь ужъ прошла; не сниму съ нихъ дотолѣ я этой
Сѣти, *пока не отдастъ мнѣ отецъ всѣхъ богатыхъ подарковъ,*
Имъ отъ меня за невѣсту, безстыдную дочь, полученныхъ.
Правда, прекрасна она, но ея перемѣнчиво сердце.
Такъ онъ сказалъ. Той порой собрались въ мѣдностѣнныхъ палатахъ
Боги; пришелъ Посидонъ земледержецъ; пришелъ дароносецъ
Эрмій; пришелъ Аполлонъ, издалека разящій стрѣлами;
Но, сохраняя пристойность, богини осталися дома.
Въ двери вступили податели благъ, всемогущіе боги;
Подняли всѣ они смѣхъ несказанный, увидя, какое
Хитрое дѣло ревнивый Ифестъ совершить умудрился.
Глядя другъ на друга, такъ межъ собою они разсуждали:
Злое не въ прокъ; надъ проворствомъ здѣсь медленность верхъ одержала;
Какъ ни хромаетъ Ифестъ, но поймалъ онъ Арея, который
Самый быстрѣйшій изъ вѣчныхъ боговъ, на Олимпѣ живущихъ.
Хитростью взялъ онъ; достойная мзда посрамителя брака.
Такъ говорили, другъ съ другомъ бесѣдуя, вѣчные боги.
Къ Эрмію тутъ обратившись, сказалъ Аполлонъ, сынъ Зевеса:
Эрмій, Кроніоновъ сынъ, благодатный боговъ вѣстоносецъ,
Искренно мнѣ отвѣчай, согласился ль бы ты подъ такою
Сѣтью лежать на постели одной съ золотою Кипридой?
Зоркій убійца Аргуса отвѣтствовалъ такъ Аполлону:
Если бъ могло то случиться, о царь Аполлонъ стрѣловержецъ,
Сѣтью тройной бы себя я охотно опутать дозволилъ,
Пусть на меня бы, собравшись, богини и боги смотрѣли,
Только бъ лежать на постели одной съ золотою Кипридой!
Такъ отвѣчалъ онъ; безсмертные подняли смѣхъ несказанный.
Но Посидонъ не смѣялся; чтобъ выручить бога Арея,
Къ славному дивнымъ искусствомъ Ифесту онъ, голосъ возвысивъ,
Съ просьбой своей обратился и бросилъ крылатое слово:
Дай имъ свободу; ручаюсь тебѣ за Арея; какъ самъ ты
Требуешь, все дополна при безсмертныхъ богахъ онъ заплатитъ.
Богъ хромоногій Ифестъ, отвѣчая, сказалъ Посидону:
Нѣтъ! Отъ меня Посидонъ земледержецъ того ты не требуй
Знаешь ты самъ, что всегда невѣрна за невѣрныхъ порука.

Чѣмъ же тебя, всемогущій, могу я къ уплатѣ понудить,
Если свободный Арей улетитъ и платить отречется?
Богу Ифесту отвѣтствовалъ такъ Посидонъ земледержецъ:
Если могучій Арей, чтобъ не быть принужденнымъ къ уплатѣ,
Скроется тайно, то все за него заплатить обязуюсь
Я.—Хромоногій Ифестъ отвѣчалъ Посидону владыкѣ:
Воли твоей, Посидонъ, не дерзну и не властенъ отвергнуть.
Съ сими словами, разрушила цѣпи Ифестова сила *).

Чтобы убѣдиться въ томъ, что приведенный разсказъ не представляетъ собою исключительнаго явленія, необходимо припомнить слѣдующія данныя, бросающія свѣтъ на этотъ разсказъ. Гезіодъ сообщаетъ, что кузницы, лежавшія на окраинѣ поселенія, были въ то же время кабаками, въ которыхъ, въ особенности зимою, собирались люди. Причина, по которой именно въ это время тамъ происходили сборища, видна изъ другого названія, которое онъ придаетъ кузницѣ—теплое пристанище, постоялый дворъ, причемъ Гезіодъ предостерегаетъ отъ посѣщенія кузницъ легкомысленныхъ людей **).

Такую же роль играли кузницы и въ ранній періодъ среднихъ вѣковъ. Тамъ путешественникъ ковалъ свою лошадь, чинилъ свое вооруженіе, тамъ онъ пропускалъ и рюмочку, и кузницы стали пользоваться славой пристанища разгульныхъ людей. Кузницы были и мѣстами для любовныхъ свиданій, вслѣдствіе чего о соблазненной дѣвушкѣ говорили, что она потеряла подкову (ein Eisen abgerennt) ***).

Миѳъ объ Ареѣ, совершающемъ адюльтеръ въ кузницѣ, является такимъ образомъ типическимъ фактомъ, характери-

*) «Одиссея», перев. Жуковскаго, VIII ст. 266—360.

**) Гезіодъ. Дѣла и дни, 493—502. Beck. Gesch. d. Eisens. (1884) S. 416.

***) Beck, ibid. 879—880.

зующимъ явленія, совершавшіяся въ томъ періодѣ греческой жизни въ кузницахъ. Какъ и вообще въ миѳахъ, то, что было обыденнымъ явленіемъ, совершавшимся многими въ гефестіяхъ-кузницахъ тогдашними представителями Марса и Афродитами того времени, стало элементомъ біографіи опредѣленныхъ лицъ.

Повидимому, однако, эти явленія были уже злоупотребленіемъ abusus, вырожденіемъ болѣе стариннаго обычая — usus, совершать браки въ кузницахъ. На это указываетъ существующая у насъ святочная пѣсня, предвѣщающая женитьбу.

Идетъ кузнецъ изъ кузницы,
Несетъ кузнецъ три молота.
«Кузнецъ, кузнецъ! ты скуй мнѣ вѣнецъ,
Ты мнѣ вѣнецъ и золотъ и новъ,
Изъ остаточковъ—золотъ перстень,
Изъ обрѣзочковъ—булавочку:
Мнѣ въ томъ вѣнцѣ вѣнчатися,
Мнѣ тѣмъ перстнемъ обручатися,
Мнѣ тою булавкою убрусъ притыкать» *).

Точно также и въ заговорѣ на любовь призываются кузнецы. «На островѣ на Буянѣ стоятъ три кузницы, куютъ кузнецы тамъ на трехъ станахъ. Не куйте вы, кузнецы, желѣза бѣлаго, а прикуйте ко мнѣ молодца и т. д. **). Вмѣсто обращенія къ кузнецу, въ одной свадебной пѣснѣ обращаются къ миѳическимъ кузнецамъ, замѣнившимъ въ русской миѳологіи Гефеста,—къ Кузьмѣ Демьяну.

Ты святой ли Кузьма Демьяновичъ
Да ты скуй ли-ка намъ свадебку
Вѣковѣчную, неразрывную ***).

*) Аѳанасьевъ, Поэтич. воззр. славянъ на природу (1868). I. 465.
**) Ibid. 465.
***) Ibid. 466.

Въ періодъ похищенія женщины не обрядоваго, а дѣйствительнаго, въ періодъ захвата плѣнницы у сосѣднихъ племенъ для брака, «сковать свадьбу» значило сковать не невидимыя нравственныя цѣпи, какъ полагаетъ Аѳанасьевъ, а дѣйствительныя, осязательныя цѣпи, въ изготовленіи которыхъ долженъ былъ играть роль кузнецъ и кузница, расположенная внѣ поселенія *).

Мѣсто, гдѣ раньше фактически совершались свадьбы, о чемъ свидѣтельствуетъ и такой фактъ, какъ совершеніе тайныхъ свадебъ въ Гретна-Гринѣ и совершеніе свадебъ въ кузницахъ у тиманіевъ въ Африкѣ, причемъ кузнецъ сковываетъ супруговъ желѣзнымъ кольцомъ *), выродилось впослѣдствіи въ притонъ разврата, стало удобнымъ мѣстомъ для распутства.

Въ миѳѣ о Гефестѣ слѣдуетъ также отмѣтить нѣкоторую неясность относительно того, что именно требуетъ Гефестъ и отъ кого требуетъ. Онъ требуетъ какъ будто возврата того, что онъ далъ, и отъ родителей, между тѣмъ онъ удерживаетъ Арея, и Поссейдонъ даетъ ручательство, что Арей уплатитъ. Мы увидимъ ниже, что эта путаница вызвана перемѣнами, происходившими въ жизни относительно отвѣтственности виновной въ прелюбодѣяніи жены и ея соучастника предъ обиженнымъ мужемъ.

По адатамъ черкесъ Кубанской области, мужъ вправѣ отослать жену и потребовать возврата калыма, если онъ считаетъ ее преступною. А такъ какъ калымъ, получаемый за дѣвушку, признается у нихъ обезпеченіемъ противъ непостоян-

---

*) См. мою статью: Intercommunale Ehe duch Raub und Kauf. Zeitschr. f. Ethnogr. за 1878. Heft. 3 и мои Оч. ср. этн., стр. 154.

**) Richard Andree. Ethnographische Paralellen (1878) S. 159.

ства мужа, который по неудовольствію отошлетъ жену, то для обратнаго полученія калыма онъ долженъ конечно доказать обвиненіе, взводимое имъ на жену. Вообще отсылка жены есть кровная обида и подвергаетъ мужа большимъ непріятностямъ, а иногда и кровомщенію со стороны братьевъ и семейства жены *).

По адатамъ чеченцевъ, жена можетъ, если захочетъ, развестись съ мужемъ (т. е. по всей вѣроятности — уйти отъ него), но въ такомъ случаѣ она должна оставить мужу калымъ и все находившееся у нея имущество **).

Точно также и по адатамъ кумыковъ мужъ можетъ развестись съ женою по усмотрѣнію своему, но тогда она отходитъ отъ него со всѣмъ своимъ имуществомъ. Если бы жена отошла отъ мужа противъ его согласія, то калымъ и приданое должна оставить у него ***).

У якутовъ мужъ оставляетъ жену по распутному ея поведенію и худому управленію ея домомъ, по нерасположенію къ ней, а весьма нерѣдко по собственному распутству и по любви къ другой женщинѣ; въ этихъ послѣднихъ случаяхъ мужъ не только лишается права обратнаго требованія калыма, но обязанъ отдать женѣ приданое платье и уборы и вещи. Этимъ же правомъ пользуется жена, которая уйдетъ вслѣдствіе жестокаго и вообще дурного обращенія съ нею ****). У верхоленскихъ бурятъ мужъ, если жена ему невзглянется, вправѣ отослать ее, но отданная въ промѣнъ его сестра или другая родственница, а равно и калымъ, въ чемъ бы онъ ни состоялъ, ему не возвращаются, и онъ

*) Леонтовичъ, Адаты I, 172, 174.
**) Ibid. II (1883), стр. 99.
***) Ibid. II стр. 200.
****) Малышевъ. Курсъ общ. гр. права, стр. 413.

не имѣетъ права на возвращеніе его *). У самоѣдовъ мужъ отсылаетъ жену къ родителямъ, если заподозритъ ее въ невѣрности и вообще, если она ему почему либо не нравится; бываетъ, что онъ преслѣдуетъ жену до того, что она сама уходитъ. Въ случаѣ, если мужъ самъ отослалъ жену, олени, которые онъ заплатилъ за нее, ему не возвращаются. Если жена оставила мужа, то отецъ ея обязанъ возвратить оленей **). Жестокое обращеніе даетъ женѣ и среди народовъ на золотомъ берегу право оставить мужа безъ возврата уплаченной за нее цѣны, если же она оставила мужа безъ достаточнаго основанія, она обязана возвратить все, что получила ***). У племени Круродственники жены, убѣжавшей отъ мужа, обязаны возвратить покупную сумму вдвое ****).

Основательныхъ причинъ, по которымъ допускается расторженіе брака среди первобытныхъ народовъ со стороны мужа, множество: безплодіе, распутство, говорливость, крикливость, неуваженіе къ свекру и свекрови, дурной нравъ, болѣзненное состояніе, расточительность, и т. д. и т. д. Право жены на оставленіе мужа безъ возврата калыма обставлено строже и допускается лишь въ немногихъ случаяхъ жестокихъ истязаній и мученій, а впослѣдствіи и по причинѣ неспособности къ исполненію супружескихъ обязанностей и къ доставленію средствъ содержанія. Такъ какъ необходимость возврата калыма, а впослѣдствіи и приданаго при расторженіи брака безъ достаточныхъ основаній является довольно чувствительной карой, то произволъ мужа по отношенію къ праву

*) Малышевъ, стр. 413.
**) Ефименко въ Сборн. Матвѣева, стр. 179.
***) Waitz. Anthropologie II. s. 319.
****) Ibid. II; S. 120.

отвергнуть жену въ сущности ограничивается и сводится къ болѣе узкимъ предѣламъ, чѣмъ меньше становится число причинъ, по которымъ допускается расторженіе брака безъ матеріальнаго ущерба. Этимъ и объясняется, почему теоретически легко допускаемый разрывъ брачнаго союза посредствомъ отверженія жены фактически встрѣчается рѣдко, какъ это констатировано путешественниками по отношенію ко многимъ первобытнымъ народамъ, какъ это констатировано и относительно китайцевъ и японцевъ, у которыхъ продолжаетъ существовать право мужа отвергнуть жену по всякому поводу *). Невыгодныя матеріальныя послѣдствія являются средствомъ, парализующимъ ничѣмъ необузданный произволъ.

Ходъ развитія института расторженія брака, указанный нами на основаніи данныхъ изъ жизни первобытныхъ народовъ, подтверждается исторіей этого института у евреевъ и въ древнемъ Римѣ. У евреевъ расторженіе брака донынѣ совершается въ формѣ repudium'а—отверженія мужемъ своей жены. Актъ развода гласитъ: «Такого то дня, недѣли, мѣсяца, года отъ сотворенія міра, по исчисленію, которому мы слѣдуемъ здѣсь, въ такомъ то городѣ, лежащемъ тамъ то, я, N, по прозванію такой то, сынъ N, жительствующій нынѣ въ такомъ то городѣ, лежащемъ тамъ то, заявляю по доброй волѣ, безъ всякаго принужденія, что я покидаю тебя, отрекаюсь отъ тебя, и тебѣ, N, по прозванію такой то, дочери такого то, сегодня въ гор. N, заявляю тебѣ, которая была моею женою, что я тебя отпускаю, покидаю, развожу, для того, чтобы впредь ты имѣла свободу и власть выдти въ замужество за всякаго мужчину, за котораго выдти пожелаешь, и никто не

*) Westermark, p. 525.

будетъ имѣть права отъ имени моего возражать противъ того, отъ сего дня и во вѣки; и вотъ ты свободна для всякаго мужчины. Настоящее должно быть для тебя актомъ развода отъ меня, отпускною, актомъ отреченія, по закону Моисея и Израиля».

Исходною точкою развитія института отверженія было положеніе, высказанное во Второзаконіи и гласящее: «когда мужъ, взявъ себѣ жену и, поживъ съ нею, не возлюбитъ ее (буквально—она будетъ ему не угодна), ибо найдетъ въ ней какой либо порокъ, то онъ пишетъ ей актъ расторженія и, давъ ей въ руки, высылаетъ ее изъ своего дома. И когда она вышла изъ его дома, она можетъ идти и стать женою другого» *). Институтъ расторженія брака у евреевъ почти весь зиждется на этомъ текстѣ не только по формѣ, но и по духу, составляетъ логическій выводъ изъ этого текста.

Каждое слово въ этомъ текстѣ послужило основаніемъ для какого-нибудь постановленія, соблюдаемаго при совершеніи акта.

Онъ долженъ быть результатомъ свободной, непринужденной воли, собственнаго усмотрѣнія мужа. Поэтому сдѣланное мужемъ до совершенія акта заявленіе подтвержденное двумя свидѣтелями, что онъ совершаетъ актъ невольно, поражаетъ его недѣйствительностью. Не требуется дѣйствительнаго посторонняго давленія, достаточно одного заявленія **). Я не останавливаюсь на требованіяхъ общей право-

---

*) Второзаконіе. XIV, 1, 2.

**) Мишна-Эбамотъ, гл. XIV, 1. Талмудъ-Эрухинъ, 21. Шулханъ-Арухъ Эбенгезеръ, Гиттинъ, гл. 134, ст. 1. Малышевъ, Курсъ общаго гражданскаго права, 395.

и дѣеспособности, предъявляемыхъ при совершеніи всякаго акта.

Такъ какъ актъ развода, согласно библейскому тексту, долженъ быть совершенъ мужемъ, такъ какъ только мужъ по этому тексту можетъ отвергнуть жену, но жена не вправѣ отвергнуть мужа, то еврейская юриспруденція и впослѣдствіи не нашла возможнымъ въ данномъ случаѣ замѣнить актъ личной воли судебнымъ рѣшеніемъ о расторженіи брака. Тѣмъ не менѣе указаны случаи, въ которыхъ жена вправѣ требовать уничтоженія брачнаго договора, а именно отказъ отъ сожительства свыше 6 мѣсяцевъ (ибо, сказано въ Шулханъ-Арухѣ, нѣтъ большаго грѣха) неспособность къ брачному сожительству подтвержденная 10-лѣтнимъ пребываніемъ въ бракѣ (если неспособность очевидна, то 10 лѣтъ не требуется) болѣзненное состояніе, вызывающее отвращеніе, и занятіе опредѣленными предосудительными ремеслами *). Въ этихъ случаяхъ суду предоставляется употреблять мѣры принужденія, находящіяся въ его распоряженіи, противъ мужа, довести его съ помощью внѣшняго давленія до того, чтобы онъ совершилъ актъ развода. Актъ развода, совершенный при такихъ условіяхъ, признается актомъ воли мужа, хотя и вынужденнымъ **).

Обязанность отпустить жену по истеченіи 10 лѣтъ выводится и въ Талмудѣ, и въ Мидрашѣ изъ того факта, что Авраамъ, по истеченіи 10 лѣтняго пребыванія въ Египтѣ, замѣнилъ безплодную Сару Агарью ***).

---

*) Мишна, Кетуботъ, гл. V, VIII, § 10. Талмудъ-Эбамотъ, 64. Кетуботъ, 77 а. Шулханъ-Арухъ, Эбенгезеръ. Гиттинъ, гл. 154, ст. 1, 3, 6, 7. Кетуботъ, гл. 76, ст. 11, гл. 77. 1. Малышевъ, 385.

**) Мишна Гиттинъ, гл. X, § 8. Талмудъ Гиттинъ, 88. Эбенгезеръ Гиттинъ, гл. 134, ст. 5. Малышевъ, 395.

***) Бытіе, XVI 3. Midrasch, Bereschit Rabba (нѣм. пер.) S. 211.

Получая актъ развода, жена должна знать, что она получаетъ разводъ. Поэтому врученію развода должно предшествовать заявленіе со стороны мужа, обращенное къ женѣ: вотъ твой актъ развода. Если мужъ при врученіи акта ничего не скажетъ или употребитъ двусмысленныя выраженія, то врученіе акта не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій *).

Актъ развода долженъ быть принятъ женой. Для этой цѣли мужъ долженъ вручить актъ женѣ, сопровождая его приведеннымъ заявленіемъ. Онъ считается однако принятымъ и въ томъ случаѣ, если при произнесеніи указанной формулы, актъ развода брошенъ во дворъ или комнату, нанятую женой, и въ то время, когда она находилась тамъ и могла видѣть происшедшее. Если актъ брошенъ въ публичномъ мѣстѣ, то онъ считается принятымъ женой, если онъ упалъ подлѣ нея **).

Какъ передача акта женѣ, такъ и произнесеніе формулы должно произойти публично, т. е. въ присутствіи двухъ достовѣрныхъ свидѣтелей ***). Актъ можетъ быть врученъ чрезъ повѣреннаго, снабженнаго уполномочіемъ, но въ такомъ случаѣ передача акта и произнесеніе формулы должно произойти въ присутствіи трехъ свидѣтелей ****).

Любопытно, что Мильтонъ въ XVII вѣкѣ рѣшительно возстаетъ противъ вмѣшательства суда въ дѣло расторженія брачнаго договора. Требовать любовь и согласіе, воспрещать нерасположеніе—внѣ власти закона и суда. Павелъ Эмилій,

*) Мишна, Гиттинъ, гл. VIII; Талмудъ Гиттинъ, 78. Шулханъ-Арухъ Эбенгезеръ Гиттинъ, гл. 136, ст. 2, 4, 5.

**) Талмудъ-Гиттинъ, 77. Шулханъ-Арухъ, Эбенгезеръ,—Гиттинъ, гл. 139, ст. 1, 13.

***) Шулханъ-Арухъ, Эбенгезеръ, Гиттинъ, гл. 133, ст. 1.

****) Эбенгезеръ-Гиттинъ, гл. 142, ст. 4.

котораго спросили, почему онъ разошелся съ своею женою безъ всякаго видимаго основанія, снялъ башмакъ съ своей ноги и сказалъ: этотъ башмакъ по вашему хорошо сдѣланный, новый, но никто изъ васъ не знаетъ, гдѣ онъ жметъ меня. Мильтонъ находитъ, что и въ интересахъ женской скромности не слѣдуетъ предавать огласкѣ и дѣлать предметомъ судебнаго разбирательства часто неуловимыя причины несогласія между мужемъ и женою. Мильтонъ цѣликомъ стоитъ на почвѣ библейскаго текста и въ томъ смыслѣ, что мужъ имѣетъ право расторгнуть бракъ, если жена ему неугодна. Разъ жена согласна на разводъ, то суду не приходится вмѣшиваться и оказывать ей правосудіе. Если же она несогласна, то или разводъ является справедливымъ и заслуженнымъ ею, или несправедливымъ, а въ этомъ послѣднемъ случаѣ мужъ столь несправедливый человѣкъ, что разойтись съ нимъ будетъ для нея счастьемъ, а не нарушеніемъ ея правъ. Но допустите, что ея права нарушены, и въ такомъ случаѣ законъ и судъ не въ состояніи исправить зла. Нельзя же считать возстановленіемъ правъ жены возвращеніе туда, откуда ее выгнали или просили удалиться, или предоставленіе ей права жить отдѣльно, оставаться безбрачной въ супружествѣ, быть замужней вдовой *). Мильтонъ, отстаивая точку зрѣнія библейскаго текста и признавая спасительнымъ и для женщины безусловное право мужа расторгнуть по усмотрѣнію своему брачный договоръ помимо вмѣшательства суда, повидимому забылъ о случаяхъ, въ которыхъ тотъ же библейскій законодатель ограничилъ произволъ мужа и усмотрѣніе его въ дѣлѣ прекращенія брачнаго

*) Milton. The doctrine and discipline of divorce Carisbrook Library, V (1889) p. 284—288.

договора. Мильтонъ ссылается въ одномъ мѣстѣ на фактъ отсылки Моисеемъ своей жены Ципоры къ отцу, безъ объясненія причинъ *). Онъ могъ бы сослаться и на фактъ удаленія Авраамомъ Агари въ пустыню, по требованію Сары **), тѣмъ болѣе, что отсылка Моисеемъ Ципоры, каковы бы ни были намѣренія мужа, оказалась временнымъ разлученіемъ, а не прекращеніемъ брака: вмѣстѣ съ тестемъ Іетро пришла и отосланная Моисеемъ жена съ дѣтьми ***). Этотъ фактъ не свидѣтельствуетъ слѣдовательно о правѣ мужа прекратить брачный договоръ помимо общественной власти. Въ Библіи приводится случай временнаго разлученія и по инициативѣ жены: она убѣжала къ отцу, оставалась тамъ четыре мѣсяца и мужъ отправился къ ней съ тѣмъ, чтобы уговорить ее вернуться, въ чемъ онъ и успѣлъ ****).

Приводя изъ библіи факты произвольнаго усмотрѣнія мужа, въ сущности ничего не доказывающіе, Мильтонъ не приводитъ категорическихъ постановленій, лишающихъ мужа права прекращать брачный договоръ.

Если кто либо возьметъ жену, сказано во Второзаконіи, и возненавидитъ ее и станетъ позорить ее и распространять о ней слухи, что она оказалась не дѣвственницей, то отецъ и мать должны представить старѣйшинамъ города, засѣдающимъ у воротъ его, признаки дѣвства. Отецъ долженъ обратиться къ старѣйшинамъ со словами: я выдалъ дочь замужъ за этого человѣка, и онъ возненавидѣлъ ее и говоритъ, я не нашелъ дѣвства у твоей дочери. Вотъ признаки дѣвства, при-

*) Исходъ, XVIII, 2.
**) Бытіе, XXI, 10, 14.
***) Исходъ, XVIII, 6 и сл.
****) Судьи, XIX, 2, 3.

чемъ онъ долженъ положить платье предъ старѣйшинами. Тогда старѣйшины должны наказать мужа штрафомъ за дурную молву о дѣвицѣ и отдать штрафъ отцу; она же остается женой и мужъ не вправѣ отослать ее во всю свою жизнь *).

Въ той же главѣ Второзаконія имѣется и слѣдующее постановленіе. Если кто ляжетъ съ необрученной дѣвушкой, и ихъ найдутъ, то лежавшій съ нею долженъ уплатить отцу дѣвушки извѣстную сумму, и она остается его женой, такъ какъ онъ соблазнилъ ее и онъ не можетъ отослатъ ее во всю свою жизнь **).

Такимъ образомъ возможность вмѣшательства суда въ дѣло расторженія брака хотя бы въ приведенныхъ случаяхъ, для воспрепятствованія совершенію акта, и право суда признать актъ расторженія недѣйствительнымъ, разъ онъ совершенъ вопреки указаннымъ постановленіямъ, признано въ самой Библіи. Слѣдовательно неограниченность произвола мужа не есть нѣчто неприкосновенное — noli me tangere, не допускающее критики и контроля. А въ такомъ случаѣ судъ имѣлъ право и возможность провѣрять всякій актъ расторженія брака и признавать его недѣйствительнымъ, если то, въ чемъ мужъ усматривалъ нѣчто порочное, дающее ему право отметать жену, по мнѣнію суда, оказывалось непорочнымъ или безразличнымъ.

Иначе говоря, библейскія постановленія принципіально не препятствовали развитію института расторженія брака въ направленіи, ограждающемъ интересы жены и ограничивающемъ произволъ мужа, если бы въ позднѣйшіе вѣка возникла по-

*) Второзак. XXII, ст. 13—19.
**) Второзак. XXII, 28—29.

требность идти въ такомъ направленіи, т. е. если бы усвоено было воззрѣніе, что бракъ не есть актъ дѣйствительной или символической купли, а договоръ, заключаемый по взаимному согласію двухъ равноправныхъ лицъ и слѣдовательно въ интересахъ той и другой стороны, пользующихся одинаковою защитою закона и суда. Но разъ Мильтонъ въ XVII вѣкѣ не стоялъ на этой почвѣ, то тѣмъ менѣе такое воззрѣніе было мыслимо въ періодъ составленія Мишны и Талмуда. Раввины того времени впрочемъ знали, что существуютъ народы, среди которыхъ разводъ является не одностороннимъ актомъ воли мужа, а расторженіемъ брачнаго договора по взаимному соглашенію, знали также, что допускается отверженіе женою мужа, съ тѣмъ, что она обязана уплатить приданое вдвойнѣ, но они относились къ такому обычаю, какъ языческому *), несогласному съ правилами, предначертанными спеціально для Израиля.

Такъ какъ бракъ совершался въ библейское время посредствомъ купли, то постановленіемъ, изложеннымъ въ Библіи, мужу въ сущности предоставлялось уничтожить актъ купли и освободить женщину отъ обязанностей, налагаемыхъ на нее этимъ актомъ. Въ Мишнѣ (дальнѣйшемъ развитіи библейскихъ постановленій) прямо сказано: жена откупается двумя путями: посредствомъ расторженія брака и смерти мужа **), хотя во время составленія Мишны покупка женъ уже получила символическое значеніе, стала обрядовымъ дѣйствіемъ и ничтожная по стоимости монета (прута) была достаточна для пріобрѣтенія жены ***).

*) Midrasch, Bereschit-Rabba, S. 80.

**) Мишна-Кидушинъ, гл. 1, § 1. Gans. Erbrecht I, S. 145.

***) Мишна-Кидушинъ, гл. 1, § 1. Gans. Erbrecht I, S. 138, 140. См. также S. 133.

Иначе говоря, мужъ отпускалъ жену, давалъ ей вольную: о несогласіи ея на полученіе свободы не могло быть слѣдовательно и рѣчи. Тѣмъ менѣе судъ имѣлъ основаніе съ этой точки зрѣнія противодѣйствовать отпущенію на волю жены. Онъ имѣлъ конечно право вмѣшиваться, ибо въ библейскомъ текстѣ сказано, что мужъ пишетъ актъ, «если не возлюбитъ жену, ибо нашелъ въ ней нѣчто порочное». Эта оговорка давала суду, относившемуся къ браку, какъ къ договору купли-продажи, право, сообразно тому, находилъ ли онъ нѣчто порочное въ женѣ, или напротивъ находилъ субъективный взглядъ мужа объективно неправильнымъ, подвергнуть мужа или жену имущественнымъ невыгодамъ, связаннымъ съ уничтоженіемъ договора. Такъ какъ, далѣе, согласно тексту, отпущеніе на волю могло быть совершено только письменно, т. е. при содѣйствіи общественной власти, суда, то онъ могъ воспользоваться этимъ для того, чтобы обставить его формальностями, гарантирующими свободу жены. Въ этихъ двухъ направленіяхъ и развивается институтъ расторженія брака. Предоставляя мужу, согласно воззрѣніямъ школы Гилеля и въ особенности раби Акибы, отпускать жену по всякому поводу, потому что она непріятна, не нравится ему *), раввины тѣмъ не менѣе указали тѣ причины, по которымъ разводъ долженъ быть признанъ совершеннымъ по основательнымъ причинамъ. Разводъ, совершенный безъ достаточныхъ основаній, остается въ силѣ, но влечетъ за собою невыгодныя имущественныя послѣдствія для мужа. Разводъ считается совершеннымъ по достаточнымъ основаніямъ, если жена нарушила законы Моисея

*) Талмудъ-Гиттинъ, 90 а. Малышевъ, 391. Lichtschein. Die Ehe nach Mosaisch Talmudischer Auffassung (1879) S. 86.

(куда входитъ и адюльтеръ) или добрые нравы, установленные среди евреевъ. Въ Шулханъ-Арухѣ подъ добрыми нравами разумѣются правила, установленныя раввинами относительно добропорядочной жизни или просто приличнаго поведенія. Неприличныя позы на улицѣ, хожденіе съ обнаженною головою, вольное обращеніе съ молодыми людьми, словомъ то, что прусскимъ кодексомъ именуется недозволительнымъ обращеніемъ, а также неуважительное отношеніе къ мужу или къ его родственникамъ въ его присутствіи *). Когда мужъ запретилъ женѣ при свидѣтеляхъ оставаться наединѣ съ лицомъ, имъ означеннымъ, и жена не исполнила этого запрещенія, то мужъ разводитъ ее, и она считается виновною **). Это правило также подходитъ подъ понятіе недозволительнаго обращенія. Но независимо отъ этого, разводъ считается основательно совершеннымъ, если онъ вызванъ неспособностью жены къ супружескому сожительству (требуется, чтобы ее изслѣдовали женщины, которыя признали бы этотъ фактъ, т. е. что она не apta viro) или тѣлесными недостатками ея, о которыхъ мужъ не зналъ до брака ***). Во всѣхъ этихъ случаяхъ жена лишается нрава на вѣно (кетубу) и прибавку къ ней, если она была выговорена, и получаетъ обратно лишь приданое ****). Наконецъ, жена лишается и приданаго, если вслѣдствіе отвращенія къ мужу или вообще по какой бы то ни было причинѣ отказывается отъ исполненія супружескихъ обязанностей *****).

*) Талмудъ-Кетуботъ, л. 72.

**) Эбенгезеръ-Кетуботъ, гл. 115, ст. 8.

***) Ibid, гл. 117, ст. 2, 4.

****) Приведен. выше цитаты, см. Малышевъ, стр. 389.

*****) Талмудъ-Кетуботъ л. 63. Эбенгезеръ-Кетуботъ, гл. 77, ст. 2.

Насколько обязательство возврата даже одного приданаго могло служить препятствіемъ къ разводу и при наличности причинъ, которыя признавались достаточными, можно видѣть изъ слѣдующаго. Жена одного изъ еврейскихъ раввиновъ—Іозе Галилеянина—была общеизвѣстна по своему строптивому нраву и дурному обращенію съ мужемъ. Она относилась презрительно къ нему въ присутствіи его учениковъ. На вопросъ учениковъ, почему онъ не разводится съ этою злою женщиною, которая не оказываетъ ему уваженія, онъ отвѣтилъ: она принесла съ собою большое приданое, котораго онъ не въ состояніи возвратить ей. Въ концѣ концовъ ученики, выведенные изъ терпѣнія ея пренебрежительнымъ обращеніемъ съ учителемъ, собрали сумму, необходимую для возврата приданаго, и тогда онъ отпустилъ жену *).

Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что тотъ конкретный фактъ, который приводится въ доказательство дурнаго обращенія жены съ мужемъ и который вызвалъ негодованіе учениковъ, не свидѣтельствуетъ даже о сварливости жены, а развѣ о томъ, что она не отличалась любезностью.

Раби Іозе пригласилъ по окончаніи лекціи ученика своего раби Эліэзера бенъ Азарія на завтракъ. Когда раби Іозе пришелъ, жена, недовольная—ушла. При этомъ она на вопросъ мужа, есть ли что нибудь въ горшкѣ, отвѣтила, да, есть овощи. Когда онъ заглянулъ въ горшокъ, оказалось, что тамъ были фаршированныя куры. Они усѣлись и принялись за ѣду. Тогда раби Эліэзеръ обратился къ хозяину съ вопросомъ: вѣдь твоя жена сказала, что въ горшкѣ овощи, а тамъ оказались куры. Раби Іозе на это отвѣтилъ: да, это чудо. И вотъ тутъ

*) Midrasch-Bereschit Rabba (1881) S. 74.

то ученикъ сталъ выговаривать учителю за то, что онъ не отпускаетъ жены *).

Разводъ съ женою вслѣдствіе болѣзни, полученной послѣ вступленія въ бракъ, считается совершеннымъ безъ достаточныхъ основаній, и мужъ обязанъ уплатить вѣно. Вмѣстѣ съ тѣмъ по позднѣйшимъ постановленіямъ, такой разводъ признается безнравственнымъ дѣйствіемъ **). Вообще, если разводъ совершенъ помимо указанныхъ причинъ, то онъ влечетъ за собою обязанность мужа не только возвратить приданое, но и уплатить все выговоренное по брачному договору.

Много юриспруденціи потрачено еврейскими юристами на то, чтобы выработать такой порядокъ составленія акта расторженія брака, при которомъ отпущеніе на волю жены не могло быть впослѣдствіи оспорено или подвергнуто сомнѣнію. Насколько юриспруденція эта вызывалась дѣйствительными условіями жизни, не была лишь празднымъ мудрствованіемъ, видно изъ фактовъ, совершающихся въ мусульманскихъ странахъ, вслѣдствіе постановленій, возникшихъ изъ тѣхъ обычаевъ, которые господствовали у родственныхъ евреямъ бедуиновъ въ Аравіи.

У мусульманъ жена можетъ быть отпущена мужемъ два раза и не смотря на то можетъ быть взята обратно безъ ея согласія, т. е. въ сущности тутъ нѣтъ безусловнаго отпущенія на волю. Только три раза данный разводъ (при чемъ у суннитовъ и въ первый разъ заявленіе мужа о томъ, что онъ троекратно разводитъ) окончательно освобождаетъ жену отъ власти мужа***).

---

*) Midrasch-Bereschit Rabba, S. 74.

**) Талмудъ-Кетуботъ л. 51. Шулханъ-Арухъ. Эбенгезеръ-Кетуботъ, гл. 79, ст. 3.

***) Коранъ, гл. II, ст. 229, 230. Lane. Manners and customs of modern Egypte изд. 2) 1890 p. 87, 163. Малышевъ, стр. 409.

Тѣмъ не менѣе Лэнъ передаетъ слѣдующій фактъ, произошедшій въ Каирѣ.

Трое мужчинъ сидѣли въ кофейнѣ, причемъ одинъ изъ нихъ разсказывалъ о непріятностяхъ, которыя причиняетъ ему жена. Онъ рѣшился съ этимъ покончить, призвалъ жену въ кофейню и, какъ только она вошла, заявилъ ей, что она троекратно разведена, пригласивъ своихъ друзей быть свидѣтелями этого факта. Вскорѣ послѣ этого онъ раскаялся и пожелалъ взять жену обратно, но она отказалась вернуться къ нему. Дѣло перешло въ судъ (мехкеме). Жена ссылалась на то, что она троекратно разведена и что желаніе мужа взять ее обратно противорѣчитъ закону. Мужъ отрицалъ фактъ развода. По ссылкѣ жены, спрошены свидѣтели, присутствовавшіе въ кофейнѣ при произнесеніи мужемъ формулы развода. Они подтвердили этотъ фактъ, но мужъ утверждалъ, что въ то время онъ давалъ разводъ другой его женѣ. Хотя жена и ссылалась на то, что была единственной женою у своего мужа, но судья устранилъ это возраженіе, такъ какъ женѣ вообще не можетъ быть извѣстно и ею не можетъ быть доказано отсутствіе другихъ женъ у ея мужа. На вопросъ, обращенный судьею къ свидѣтелямъ объ имени той женщины, которой данъ былъ разводъ, они отвѣтили, что не знаютъ. На другой вопросъ, могутъ ли они подтвердить тождество этой женщины съ тою, которой данъ былъ разводъ, они отвѣтили, что не могутъ подтвердить тождества женщины, которой они никогда не видѣли безъ покрывала. Судъ обязалъ жену вернуться къ мужу *). По поводу кажущагося страннымъ замѣчанія судьи, что жена не можетъ знать, есть или нѣтъ у ея мужа другія

*) Lane, p. 164.

жены, необходимо объяснить, что фактъ сожительства ведетъ у мусульманъ къ признанію брака заключеннымъ *) и влечетъ за собою послѣдствія, сопряженныя съ законнымъ бракомъ, а слѣдовательно и необходимость развода въ случаѣ расторженія такой связи. Хотя въ Шеріатѣ установлено въ видѣ общаго правила, что бракъ совершается въ присутствіи двухъ свидѣтелей и долженъ быть оглашенъ, но тамъ же оговорено, что присутствіе свидѣтелей не есть необходимое условіе, и что бракъ, заключенный втайнѣ и безъ оглашенія, имѣетъ законную силу **).

Именно такого рода условіями и вызвано точное и обстоятельное опредѣленіе въ актѣ расторженія брака у евреевъ тождества лица, дающаго и лица, принимающаго разводъ, съ именами лицъ, обозначенныхъ въ актѣ посредствомъ свидѣтелей, знающихъ ихъ, а также точное обозначеніе мѣста жительства ихъ. Именно поэтому въ приказаніи, даваемомъ мужемъ писцу въ присутствіи свидѣтелей и въ заявленіи, дѣлаемомъ писцомъ, когда онъ приступаетъ къ начертанію акта, должно упоминаться, отъ чьего имени, для кого и о чемъ пишется актъ. Именно поэтому требуется точное обозначеніе именъ и прозваній заинтересованныхъ въ актѣ сторонъ, если они носятъ такія въ общежитіи, именно поэтому, наконецъ, требуется употребленіе трехъ синонимовъ одного и того же понятія о расторженіи брака и трехъ синонимовъ одного и того же понятія, означающаго актъ расторженія. Я не говорю уже о передопросѣ, учиняемомъ раввиномъ, лицамъ, участвующимъ въ составленіи акта и заинтересованнымъ въ дѣлѣ о

*) Ibid., p. 164.

**) Шеріатъ, II, 19 ст. 5, 49, 50. Малышевъ, стр. 339—340.

дѣйствительности и подлинности подписей, о непринужденномъ согласіи на составленіе именно даннаго акта, о заявленіяхъ, сдѣланныхъ до того, которыя могли бы уничтожить силу и значеніе акта и т. д. *). Слѣдуетъ имѣть въ виду, что при начертаніи акта, жена, подобно мусульманкамъ, находится подъ покрываломъ вплоть до принятія развода, что въ свою очередь свидѣтельствуетъ о томъ, что приведенныя формальности вызваны условіями жизни въ мусульманскихъ странахъ.

Я считаю это предположеніе болѣе вѣроятнымъ, чѣмъ то, что этотъ обычай сохранился отъ временъ болѣе отдаленныхъ, библейскихъ, когда и еврейки носили покрывала въ присутствіи постороннихъ лицъ.

Другой разрядъ формальностей при совершеніи акта несомнѣнно остатокъ того отдаленнаго времени, когда впервые стали писаться акты развода. Архаическое перо въ видѣ тростія, бумага въ видѣ пергаментнаго свитка, чернила въ видѣ туша, способъ писанія, тождественный со способомъ писанія свитковъ Св. Писанія, все это запечатлѣно глубокою древностью. (Впрочемъ, языкъ акта сравнительно позднягo происхожденія). Весь актъ состоитъ изъ 12 строкъ и 13-й для подписей свидѣтелей.

Требованіе, чтобы актъ расторженія брака былъ изложенъ въ 12 строкахъ, выводится изъ числоваго значенія слова «гетъ», означающаго на еврейскомъ языкѣ разводъ и состоящаго на этомъ языкѣ изъ двухъ буквъ—*г* и *т*, сумма которыхъ (3 и 9) составляетъ 12. Это требованіе мнѣ, въ свою очередь, кажется отголоскомъ глубокой старины. Необходи-

*) Шулханъ-Арухъ. Эбенгезеръ, Гиттинъ, гл. 154, Наставл. о совершеніи акта.

мость 12 присяжныхъ, какъ извѣстно, основано не на томъ, что мнѣніе 12 человѣкъ должно непремѣнно выражать собою истину о дѣлѣ, прослушанномъ ими, а на томъ, что судъ у англо-саксонцевъ долженъ былъ производиться представителями 12 соединенныхъ общинъ. Двѣнадцатичленное дѣленіе есть черта, свойственная почти всѣмъ политическимъ единицамъ на раннихъ ступеняхъ культуры и, между прочимъ, евреямъ, среди которыхъ числилось 12 колѣнъ. Мы находимъ въ Библіи первобытный актъ извѣщенія, встрѣчаемый и у современныхъ дикарей, о совершенномъ фактѣ убійства женщины посредствомъ разрѣзыванія трупа ея на 12 частей и разсылки его во всѣ мѣста жительства еврейскаго племени *). Этотъ способъ извѣщенія отразился потомъ на способѣ составленія извѣщенія, обнародываемаго во всеобщее свѣдѣніе, когда оно стало составляться письменно. Актъ долженъ былъ состоять изъ 12 строкъ. Въ pendant къ этому не могу не привести изъ капитулярія 813 г. опредѣленіе объ отпущеніи раба на волю посредствомъ способа, который именовался hantrada: qui per hantradam hominem ingenuum dimittere voluerit, in loco qui dicitur sanctum, sua manu duodecima ipsum ingenuum dimittere faciat, т. е. онъ долженъ быть отпущенъ хозяиномъ и 11 свидѣтелями, слѣдовательно, 12 разъ **).

Образнымъ выраженіемъ разницы между современнымъ разводомъ супруговъ и сохранившимся у евреевъ отпущеніемъ на волю женщины является финальный обрядъ. У лицъ евангелическо-лютеранскаго исповѣданія въ Россіи обрядъ совершается такъ: членъ духовнаго совѣта, по объявленіи брака

*) Судьи, XIX, 29.
**) Grimm, R. A. S. 332.

расторгнутым, отбираетъ обручальныя кольца у супруговъ и разводитъ ихъ опущенною между ними рукою (548 ст. Уст. Ин. Исп.).

У евреевъ, женщина, принимающая актъ, должна освободить свои руки отъ всякаго посторонняго предмета: перчатокъ, колецъ и т. д. и затѣмъ, соединивъ руки, держать ихъ на-готовѣ къ принятію вольной, не уронивъ ее. Со словами: «вотъ твой актъ развода, возьми его,—этимъ актомъ ты разведена отъ меня и позволена всякому мужчинѣ», мужъ опускаетъ актъ въ руки жены, которая приподымаетъ актъ для того, чтобы онъ былъ всѣмъ виденъ, и затѣмъ прячетъ его, въ знакъ того, что отпускная перешла въ ея обладаніе. Только послѣ этого раввинъ, руководящій обрядомъ, прочитываетъ его вслухъ и сопровождаетъ это чтеніе новымъ допросомъ, для удостовѣренія подлинности и дѣйствительности акта.

Таковъ институтъ развода по моисеево-талмудическому праву. Этимъ, однако, не заканчивается развитіе института среди евреевъ въ Европѣ, но мѣропріятія исходятъ уже не отъ еврейскихъ юристовъ, а отъ законодателей тѣхъ странъ, въ которыхъ евреи живутъ. Была попытка въ концѣ X вѣка и началѣ XI установить соборомъ еврейскихъ раввиновъ разводъ лишь по взаимному согласію, но рѣшенія собора, созваннаго по инициативѣ раввина Гершона, не получили силы закона, такъ какъ рѣшенія его обязательны лишь для общинъ, представители которыхъ участвовали на немъ *).

Ходъ развитія института расторженія брака у римлянъ аналогиченъ съ ходомъ развитія его у евреевъ.

Исходныя точки развитія института у римлянъ тѣ же,

*) Малышевъ, стр. 391, 243. Lichtschein, S. 46.

какъ у евреевъ. По словамъ Плутарха, мужъ вправѣ былъ отвергнуть жену, жена не была вправѣ уходить отъ мужа. Законъ этотъ приписывается Ромулу. Тотъ же Ромулъ будто бы установилъ уже основанія, по которымъ мужъ былъ вправѣ отвергнуть жену; отверженіе помимо этихъ основаній влекло за собою имущественныя невыгоды для мужа *). Была и опредѣленная формула отверженія. Слѣды ея сохранились въ Дигестахъ: ты можешь сохранить свои вещи, или также ты можешь взять ихъ съ собою **). Но благодаря воздѣйствію сохранившагося въ Римѣ брака по взаимному согласію, совершавшагося внутри римской общины, брака эндогамическаго, о чемъ рѣчь будетъ ниже, послѣ второй пунической войны, вопреки древнимъ обычаямъ, получаетъ право гражданства не только расхожденіе по взаимному согласію, что и называлось divortium и происходило повидимому лишь между лицами, вступившими въ свободный бракъ, но и односторонній отказъ жены отъ продолженія супружескаго сожительства и посылка ею мужу акта расторженія брака, вслѣдствіе чего бракъ считался расторгнутымъ даже въ томъ случаѣ, если мужъ еще не получилъ его ***).

*) Constituit quo que (Romulus) leges quasdam quarum illa dura est quae uxori nod permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare propter veneficium circa prolem, vel falsationem, vel adulterium commissum, si vero aliter quis a se dimitteret uxorem, bonorum ejus partem uxoris fieri, partem Cereri sacra esse jussit. Plut. Rom. 22. Padeletti Röm. Rechtsgesch. 1879 S. 107.

**) In repudiis autem id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: tuas res tibi habeto, item haec: tuas res tibi agito. L. 2 D. de divort 24, 2.

***) L. 2. D-de donat. 24, 1, L. 2, 3, 5, 7. D. de divort 24, 2. L. 6. Cod de repud 5, 17. Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium.

Извѣстны слова Сенеки, Ювенала и другихъ римскихъ писателей, характеризующихъ безпричинность, произвольность и обиліе разводовъ въ Римѣ, совершавшихся не только по инициативѣ мужей, но и женъ. Сенека утверждаетъ, что были женщины, которыя вели счетъ своимъ годамъ не по числу ежегодно выбиравшихся консуловъ, а по числу своихъ мужей *). По словамъ Ювенала, многія женщины разводятся раньше, чѣмъ завяли зеленыя вѣтви, украшавшія входныя двери дома при вступленіи туда новобрачной, и такимъ образомъ были замужемъ восемь разъ въ теченіи 5 лѣтъ.

Sic fiunt octo mariti
Quinque per autumnos **).

Люди, которые, подобно Цицерону, Овидію, Плинію, младшему были женаты три раза, или, подобно Цезарю и Антонію, четыре раза или даже, подобно Суллѣ и Помпею, пять разъ, повидимому не были рѣдкостью въ Римѣ ***). Марціалъ говоритъ въ своихъ эпиграммахъ о женщинѣ, которая сдѣлала 6 или 7 неудачныхъ опытовъ по части брака ****).

Законодательство римское, считая необходимымъ бороться съ неограниченнымъ произволомъ въ расторженіи брака и притомъ, какъ сказано въ повелѣніи Ѳеодосія, въ интересахъ дѣтей—favor liberorum,—тѣмъ не менѣе не замѣняетъ акта личной воли супруговъ рѣшеніемъ суда, но перечисляетъ лишь тѣ причины, по которымъ расторженіе брака по волѣ мужа или жены должно считаться дозволеннымъ, совершеннымъ по

*) Non consulum numero sed maritorum annos suos computant. Senec. de ben. III 16, 2. Friedländer, Sittengesch. I. S. 463.

**) Juv. VI 223. Friedländer I. S. 464.

***) Friedländer I. S. 414.

****) Martial. VII. 58. Friedländer I, S, 465.

разумнымъ основаніямъ—per occasionem rationabilem, quae etiam bona gratia vocatur,—причемъ тѣ изъ нихъ, которые дерзнутъ расторгнуть бракъ номимо этихъ причинъ, подвергаются имущественнымъ невыгодамъ по отношенію къ приданому, предсвадебному дару и т. д. *) Для жены, впрочемъ, устанавливается и запрещеніе вступать въ бракъ въ теченіе 5 лѣтъ, если она расторгла бракъ безъ достаточнаго основанія **). 117 новелла замѣняетъ 5-лѣтній запретъ вступленія въ замужество отдачей женъ въ монастырь на всю жизнь за самовольное расторженіе брака. Наконецъ, по 134 новеллѣ (гл. 11) не только жена, но и мужъ подвергается этой карѣ за расторженіе брака безъ достаточнаго основанія.

Институтъ расторженія брака посредствомъ отверженія мужемъ жены существовалъ и у германцевъ, и притомъ въ той же формѣ, какъ у другихъ народовъ на соотвѣтствующей ступени культуры. У древнихъ германцевъ бракъ расторгался по причинѣ физическихъ недостатковъ, дурнаго поведенія жены или просто вслѣдствіе отвращенія къ ней ***). Расторженіе совершалось или заявленіемъ мужа въ присутствіи свидѣтелей, что онъ отпускаетъ жену, или письменнымъ актомъ ****). Это конечно не предрѣшало вопроса объ имущественныхъ послѣдствіяхъ такого расторженія. При расторженіи брака безъ всякаго основанія мужъ по валлійскому закону подвергался имущественнымъ не-

*) Const. 8, § 1, 3, 4. Cod. de repud. 5, 17. Nov. 22 c. 4, 15, 18. Nov. 117, c. 13.

**) Ibid.

***) Ferse und Sinn wenden sie von einander ab Leib und Seele.

****) Grimm. R. A. S. 454. Fuero juzgo III. 6, 1. Цитир. у Gans. Erbrecht, III. S. 344. Mulierem ingenuam a viro suo repudiatam, nullus sibi in conjugium adsociare praesumat nisi aut scripturis, aut coram testibus divortium inter eos factum fuisse evidenter agnoscant.

выгодамъ. Точно также и жена, бросившая мужа безъ достаточнаго основанія, теряетъ приданое. Указаны три основанія, по которымъ жена вправѣ оставить мужа, сохранивъ и приданое: если мужъ страдаетъ проказой, если выдыханія его неблаговонны и если онъ не въ состояніи исполнять супружескихъ обязанностей *). Любопытно, что въ талмудѣ имѣется почти однородное постановленіе. Вотъ тѣ, сказано въ талмудѣ, которые принуждаются дать разводъ ихъ женамъ (и выдать имъ кетубу—то, что выговорено въ брачномъ договорѣ): прокаженный, тотъ, у кого изъ носа или рта дурной запахъ и занимающійся работами въ такихъ вещахъ, которыя распространяютъ вонь **).

О прямомъ воздѣйствіи талмуда на валлійскіе законы, т. е. о прямомъ заимствованіи не можетъ быть рѣчи. Но возможно допустить конечно посредственное заимствованіе.

Въ случаѣ, если бракъ расторгнутъ вслѣдствіе прелюбодѣянія жены, мужъ вправѣ былъ, какъ видно изъ золотурнскаго устава 1506 г., отпустить ее съ прялкой и 4 пфеннигами, сколько бы она ни получила приданаго ***).

Точно также и по литовскому статуту вина одного изъ супруговъ влекла за собою имущественныя невыгоды: если виновна была жена, то она теряла и приданое (внесеніе) и право

---

*) Tribus de causis potest femina habere suum egwedy (dotem) licet ipsa virum relinquat; scilicet, si leprosus sit vir si habeat fetidum anhelatum et si cum ea concumbere non possit. Leg. Waliae. II, 20, c. 31. Zoepfel. Deutsche Rechtsg. (1872) III S. 38. Michelet. Orig. de droit, p. 57.

**) Талмудъ-Кетуботъ, 77a. Эбенгезеръ-Гиттинъ, 154, ст. 1, Малышевъ, стр. 384—385. Lichtschein. Die Ehe, S. 91.

***) Grimm. R. A. S. 171, 454.

на полученіе вѣна (оправы); если виновенъ былъ мужъ, то жена получала не только приданое, но и вѣно *).

Хотя церковь уже въ IV вѣкѣ стала возставать противъ расторженія браковъ и вступленія въ новый бракъ, тѣмъ не менѣе отверженіе однимъ супругомъ другого признавалось нормальнымъ явленіемъ и въ англосаксонскихъ и франкскихъ церковныхъ уставахъ—по причинѣ прелюбодѣянія и побѣга жены, вслѣдствіе преступленія мужа, влекущаго за собою отдачу въ холопство, вслѣдствіе неспособности къ супружескому сожительству и отказа отъ исполненія супружескихъ обязанностей, т. е. приблизительно по тѣмъ же причинамъ, по которымъ допускалось отверженіе въ римскомъ правѣ. Только въ X и XI вѣкахъ, какъ церковь, такъ и свѣтское законодательство признаютъ недозволеннымъ вступленіе во второй бракъ **), т. е. расторженіе брака посредствомъ отверженія однимъ супругомъ другого. Одновременно съ недопущеніемъ отверженія, признано общимъ правиломъ, что для установленія брака, для силы его—ad virtutem—требуется взаимное согласіе брачущихся—consensus sufficit ad contrahendum matrimonium,—что согласіе родителей необходимо только для добропорядочности и торжественности—ad decorem et solennitatem ***).

Устраненіе произвола мужа въ расторженіи брака ведетъ не къ установленію развода, т. е. къ расторженію брака судомъ по объективнымъ основаніямъ, а лишь къ разлученію супруговъ временно или на всю жизнь. Судъ, въ данномъ

*) Лит. Стат. разд. IV, арт. 18 (3 арт. 20). Спасовичъ. Сочин. III (1890) стр. 157.

**) Richter. Kirchenrecht. (Aufl. 8). S. 1168, 1169 прим. 7, 1170 прим. 9.

***) Richter. S. 1068—1069 прим. 8, 1120.

случаѣ духовный, принимая въ свое вѣдѣніе бракоразводныя дѣла, считаетъ возможнымъ только уничтожить въ этомъ отношеніи власть мужа, но не присвоиваетъ себѣ власти, принадлежавшей мужу. Такимъ образомъ даже независимо отъ стремленія канонистовъ вырубить топоромъ дѣвственности лѣсъ брака *), независимо отъ ихъ взгляда на второй бракъ, какъ на легкую степень прелюбодѣянія **), въ западной Европѣ фактически должна была восторжествовать идея о нерасторжимости брака уже потому, что законъ считалъ невозможнымъ замѣнить власть мужа властью суда.

Въ римскомъ правѣ существовало отверженіе въ дозволенныхъ закономъ случаяхъ. Духовный судъ, руководствуясь римскимъ правомъ при столкновеніи между супругами, но не допуская отверженія, могъ допустить только раздѣльное жительство супруговъ, разлученіе—separatio во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда римскимъ правомъ допускалось отверженіе.

Разлученіе супруговъ, возникшее взамѣнъ отверженія, есть въ сущности неизбѣжный результатъ того, что произошло. Разлученіе вызывается уголовнымъ преступленіемъ одного изъ супруговъ, прелюбодѣяніемъ, жестокимъ обращеніемъ, побѣгомъ изъ отечества, вызывается виною того или другого, но не волей ихъ. Церковный судъ отмѣчалъ лишь этотъ результатъ, произошедшій помимо и независимо отъ него, и опредѣлялъ лишь послѣдствія факта—перерывъ въ супружеской жизни, но не разрывъ. Разлученіе было отлученіемъ отъ супружескаго общенія, отъ стола и ложа—quo ad mensam et toram, но не уничтоженіемъ супружеской связи—quo ad vinculum.

*) St. Jerome. Epist. 123. Lecky. Hist. of Moral. II, 321.
**) Lecky. II, 326.

Точно также и въ православной церкви сохранилось, въ видѣ остатка прошлаго, право отверженія мужемъ жены въ извѣстныхъ случаяхъ, но развода не было. Изъ отпускной 1683 г. видно, что по челобитью мужа жена, застигнутая въ блудномъ дѣлѣ, была бита кнутомъ вмѣстѣ съ соучастникомъ, но фактъ прелюбодѣянія не повелъ за собою расторженія брака. Для этого требовалась отпускная, подписанная мужемъ, въ которой онъ заявляетъ, что онъ «впредь ей не мужъ и она де мнѣ не жена». Въ отпускной прибавлено, что и жена явилась и была «допрашиваема и въ допросѣ сказала, что де и я съ нимъ съ мужемъ жить впредь не хочу, боясь отъ него убойства» *).

Послѣдствія преступленія опредѣлялись государственною властью. Къ числу этихъ послѣдствій и по римскому праву не принадлежало лишеніе мужа права на жену и наоборотъ.

Хотя сосланный приравнивается римскимъ правомъ къ умершему **), тѣмъ не менѣе бракъ продолжался, если не было отверженія со стороны невиновнаго супруга ***). Но разъ государство за преступленіе вообще стало лишать виновнаго супруга права на продолженіе брачнаго союза, разъ оно сопровождало лишеніе гражданскихъ правъ—Echtlosigkeit, Rechtlosigleit ****), то тѣмъ болѣе такія послѣдствія должны были

*) Акты юрид. быта, изд. Арх. Ком., II (1864), № 220.

**) Deportatus mortui loco habetur. L. 4 § 2 D. de bon. libert. 32, 2. См. друг. мѣста Savigny. System d. heut. Röm. Rechts (1840) II. S. 71.

***) L. 5 § 1 D. de bon. damnat. 48, 20. Savigny II. S. 72.

****) Zoepfel приводитъ формулу объявленія судомъ безправнымъ въ XV в., въ которой вмѣстѣ съ лишеніемъ правъ преступника жена его признана вдовою—wir theilen deine Wirthin zu einer wissenhaftigen Wittwen. Rechtsg. III. S. 424 прим. 24, 439.

быть связаны съ преступленіемъ, совершеннымъ противъ невиннаго супруга. Уже Рихтеръ указываетъ мелькомъ на то, что въ исторіи развода игнорируется вліяніе судебныхъ приговоровъ о лишеніи семейныхъ правъ, сопряженномъ съ лишеніемъ правъ вообще за преступленіе *).

Одновременно съ указанными причинами на установленіе разлученія (а не развода) вмѣсто отверженія вліялъ и общій характеръ судебной дѣятельности, способъ отправленія правосудія въ XI и слѣдующихъ вѣкахъ.

Прогрессъ относительно выработки правильнаго отправленія правосудія, говоря словами Мэна, совершался медленно и постепенно. Государство при помощи своихъ разнообразныхъ органовъ первоначально стремилось только поддержать порядокъ и устранить крайности въ спорахъ (to see fair play in quarrels), а не принять ихъ въ свое завѣдываніе, какъ это дѣлается въ настоящее время **). Таково было и отношеніе духовнаго суда къ спорамъ между супругами. Онъ не устанавливалъ собственною властью новыхъ отношеній между супругами, а устранялъ лишь возникшее столкновеніе, принималъ мѣры къ устраненію новыхъ столкновеній, санкціонируя раздѣльную жизнь и признавъ право на алименты невиновнаго въ столкновеніи супруга.

Но одновременно съ установленіемъ нерасторжимости заключеннаго брачнаго договора по какой бы то ни было причинѣ установленъ былъ каноническимъ правомъ рядъ причинъ, по которымъ брачный договоръ признавался незаключеннымъ,

---

*) Richter. Kirchenrecht. S. 1178 прим. 15.

**) Maine. Lectures on early history of Jnstitutions 1889) p. 261. (Рус. перев. стр. 208).

неимѣющимъ силы договора, недѣйствительнымъ или ничтожнымъ. Списокъ причинъ недѣйствительности брака, изложенный по латыни въ стихахъ въ интересахъ мнемоническихъ, показываетъ, что теоретически нерасторжимый бракъ въ большинствѣ случаевъ могъ быть расторгнутъ подъ видомъ недѣйствительности его. Ошибка или обманъ въ личности, ошибка относительно общественнаго положенія, обѣтъ вступленія въ монашество, родство въ извѣстныхъ степеняхъ, свойство, совершенное прелюбодѣяніе, различіе исповѣданій, вступленіе въ бракъ подъ вліяніемъ насилія, принадлежность къ священству, наличность перваго брака, неспособность къ сожительству, совершеніе брачнаго обряда безъ участія священника или двухъ свидѣтелей, похищеніе невѣсты, — все это причины, по которымъ бракъ могъ быть признанъ недѣйствительнымъ, и этотъ списокъ свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что уничтоженіе отверженія не устраняло необходимости создать исходъ для столкновеній въ супружеской жизни. Къ числу причинъ недѣйствительности брака слѣдуетъ прибавить еще причину, по которой Генрихъ VIII англійскій расторгъ бракъ съ Екатериной Аррагонской, послѣ 20 лѣтъ супружества, а именно то обстоятельство, что она была невѣстой умершаго брата, т. е. предполагавшійся, но не состоявшійся брачный договоръ съ родственнымъ лицомъ — honestas publica ex sponsalibus vel matrimonio tantum rato eveniens. Вотъ этотъ почтенный списокъ въ стихахъ:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas
Si sis affinis, si forte coire nequibis
Si Parochi, aut duplicis desit praesentia testis,

Raptaque sit mulier, nec parti reddita tuta
Haec socianda vetant, connubia facta retractant *).

Широкая компетенція суда по отношенію къ признанію недѣйствительности брака обусловливалась тѣмъ, что судъ здѣсь какъ будто ничего не устанавливалъ, а только истолковывалъ волю сторонъ и если признавалъ договоръ недѣйствительнымъ, вслѣдствіе противозаконности его, то этимъ высказывалъ лишь то, что, при наличности законовъ, воспрещающихъ заключеніе брака въ извѣстныхъ случаяхъ, разумѣлось само собою.

Расторженіе брака посредствомъ судебнаго рѣшенія, допущенное при лишеніи правъ вслѣдствіе осужденія за преступленіе одного изъ супруговъ взамѣнъ разлученія, повело за собою въ XVI в. допущеніе протестантскою церковью судебнаго расторженія брака и по всѣмъ другимъ причинамъ, по которымъ до того постановлялось о разлученіи, тѣмъ болѣе, что нѣкоторыя изъ нихъ въ свою очередь были преступленіями, болѣе или менѣе строго караемыми. Таковы были адюльтеръ и жестокое обращеніе. Безвѣстное отсутствіе въ сущности предполагало побѣгъ изъ отечества, что также было преступленіемъ. Съ теченіемъ времени къ безвѣстному отсутствію приравнено было оставленіе однимъ супругомъ другого, хотя бы мѣстопребываніе отлучившагося супруга было извѣстно.

Возникновеніе взгляда о легкости разводовъ въ Америкѣ, о чемъ мы говорили выше **), объясняется по всей вѣроятности тѣмъ, что во всѣхъ случаяхъ, когда англійскіе суды

*) См. Czacki. O litewsk u polsk. praw. II (1861), p. 38. Richter Kirchenr. S. 1058 и слѣд.
**) См. стр. 5.

находятъ возможнымъ постановлять о разлученіи супруговъ, американскіе суды постановляютъ о разводѣ. Въ Англіи, въ отличіе отъ другихъ странъ, бракоразводное право которыхъ зиждется на протестантскомъ каноническомъ правѣ, разводъ дается только за адюльтеръ съ нѣкоторыми отличіями относительно мужа и жены, о чемъ рѣчь будетъ ниже. Всѣ другія, исчисленныя выше причины, ведутъ лишь къ судебному разлученію, какъ и въ церковномъ судѣ.

Хотя въ нѣкоторыхъ американскихъ штатахъ практикуется и разлученіе, но американцы вообще относятся съ негодованіемъ къ этому институту. Неопредѣленное и опасное положеніе мужа безъ жены и жены безъ мужа они называютъ карбункуломъ на организмѣ европейскихъ культурныхъ обществъ. По мнѣнію американскаго судьи Свифта, разлученіе ставитъ супруговъ въ положеніе, представляющее собою непреодолимое искушеніе къ совершенію адюльтера, если разошедшіеся супруги не отличаются большею безстрастностью или большею добродѣтелью, чѣмъ обыкновенно выпадаетъ на долю людей *). Уже Лютеръ называлъ разлученный бракъ намалеваннымъ и воображаемымъ бракомъ (gemalete und getraümete Ehe) **).

Тѣмъ не менѣе и въ нѣкоторыхъ странахъ, дающихъ разводъ по всѣмъ указаннымъ выше основаніямъ, какъ, напр., въ Саксоніи, существуютъ остатки разлученія въ видѣ кары для виновнаго супруга: ему запрещается вступать въ бракъ при жизни другого супруга. Виновный, слѣдовательно, не разведенъ, а разлученъ. Допускается избавленіе отъ этой кары, т. е. прощеніе, исходящее или отъ невиновнаго супруга, или

*) Bishop. p. 218.
**) Richter. Kirchenrecht S. 1178.

отъ суда. Положеніе это усвоено и у насъ въ уст. иностр. испов. для лицъ евангелическо-лютеранскаго исповѣданія. По ст. 213 уст. иностр. исповѣд., разведенные супруги, коимъ вступленіе въ новый бракъ воспрещено судебнымъ о разводѣ ихъ приговоромъ, могутъ получить на сіе разрѣшеніе только отъ генеральной евангелическо-лютеранской консисторіи, по слѣдующимъ причинамъ: если обиженная сторона скончалась или въ безвѣстной отлучкѣ; если она снова вступила въ бракъ; если она изъявила согласіе на новый бракъ виновной стороны.

Мы уже знаемъ, что въ Саксоніи къ участію въ рѣшеніи бракоразводныхъ дѣлъ между евреями и къ составленію акта развода приглашаются раввины. Каково бы ни было вліяніе раввиновъ на сущность рѣшенія суда, одно несомнѣнно, что разводъ все-таки совершается въ формѣ обрядовой, въ формѣ исторически-унаслѣдованной, въ формѣ отверженія, т. е. судебный разводъ сопровождается отверженіемъ жены. Еще большую амальгаму отверженія и развода представляютъ собою постановленія австрійскаго кодекса относительно развода у евреевъ.

По австрійскому кодексу, до совершенія развода стороны должны явиться къ раввину, который обязанъ принять мѣры къ примиренію. Получивъ удостовѣреніе отъ раввина, что попытка къ примиренію оказалась неудачной, супруги обязаны явиться въ судъ по мѣсту жительства, который, въ свою очередь, удостовѣряется въ невозможности уладить несогласіе и въ такомъ случаѣ разрѣшаетъ мужу дать актъ развода женѣ, если стороны заявятъ, что одна даетъ, а другая принимаетъ актъ по добровольному согласію *). Въ случаѣ, если только

*) Oester. Bürg. Gesetzb., § 134.

одна сторона требуетъ развода и она имѣетъ достаточныя основанія для этого, то дѣло, опять-таки послѣ примирительнаго разбирательства у раввина, рѣшается судомъ. Достаточными основаніями для развода являются: адюльтеръ, осужденіе за преступленіе, злонамѣренное оставленіе, жестокое обращеніе, куда входятъ и тяжкія оскорбленія, заразительная болѣзнь *).

Нѣкоторую аналогію съ этимъ порядкомъ представляютъ порядки, установленные у насъ 189 ст. Польск. полож. о брачн. союзѣ. Бракоразводныя дѣла евреевъ, какъ и мусульманъ, подлежатъ разсмотрѣнію при закрытыхъ дверяхъ судилищъ гражданскихъ. Они обязаны руководствоваться правилами, существующими по этому предмету у евреевъ. Въ виду этого судебнымъ мѣстамъ въ 1837 году разослано извлеченіе изъ правилъ о разводахъ по книгѣ Эбенгезеръ, составленное комитетомъ евреевъ, а затѣмъ въ 1841 г. сдѣланъ, по порученію правительства, переводъ 36 главъ Эбенгезера Тугендгольдомъ. Въ видѣ общаго положенія судамъ преподано, между прочимъ, слѣдующее: въ томъ случаѣ, если жена не согласна на разводъ, то вопросъ о дѣйствительности его долженъ быть разрѣшенъ раввиномъ въ присутствіи двухъ духовныхъ лицъ. Если разводъ признанъ недѣйствительнымъ, то онъ представляетъ собою лишь разлученіе супруговъ, и мужъ обязанъ давать женѣ алименты **).

На основаніи 1619 ст. уст. гр. суд., дѣла о разводѣ производятся въ окружныхъ судахъ. Какъ дѣйствуетъ въ дан-

---

*) Oester. Bürg. Gesetzb., §§ 107, 109, 135. Lichtschein (1879). Leipzig, S. 139—140, 168—170.

**) Малышевъ, стр. 387—389.

номъ случаѣ этотъ судебный аппаратъ,—рѣшаетъ-ли онъ спорное дѣло или регистрируетъ только актъ развода? На это даетъ отвѣтъ рѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго департамента, состоявшееся по дѣлу супруговъ Тарапани. Мужъ предъявилъ въ Радомскомъ окружномъ судѣ искъ къ женѣ о признаніи брака расторгнутымъ. Въ доказательство этого факта онъ представилъ свидѣтельство раввина о совершеніи акта развода и нотаріальный договоръ, въ которомъ жена выразила согласіе на полученіе развода. Отвѣтчица Эмилія Тарапани заявила, что она не согласна на разводъ. Окружный судъ удовлетворилъ искъ, признавъ бракъ расторгнутымъ по взаимному согласію, выраженному въ нотаріальномъ договорѣ. Варшавская судебная палата отмѣнила это рѣшеніе по слѣдующимъ соображеніямъ. Бракоразводныя дѣла евреевъ подлежатъ разсмотрѣнію гражданскихъ судилищъ, и послѣднія не поставлены въ этомъ отношеніи въ такое положеніе, что должны безусловно подчиняться постановленіямъ раввиновъ. Требованіе мужемъ развода должно основываться на уважительныхъ причинахъ, и если таковыя не будутъ признаны добровольно женою, то вопросъ объ уважительности причинъ предоставляется разрѣшенію раввина, но представленное истцомъ удостовѣреніе раввина не соотвѣтствуетъ этому требованію. Добровольное согласіе, выраженное въ нотаріальномъ актѣ, ничтожно, ибо прекращеніе брака не принадлежитъ къ гражданскимъ сдѣлкамъ. Гражданскій кассаціонный департаментъ, куда дѣло перешло по жалобѣ мужа, утвердилъ рѣшеніе палаты. Въ рѣшеніи сказано: 189 ст. полож. о брачн. союзѣ прямо установляетъ, что бракоразводныя дѣла сихъ лицъ (не-христіанъ) подлежатъ разсмотрѣнію гражданскихъ судилищъ, обязанныхъ, при сужденіи о законности брака, прини-

мать въ основаніе правила того закона, къ которому принадлежатъ заинтересованныя стороны. Само собою разумѣется, что, если законъ возложилъ на судебныя мѣста разбирательство бракоразводныхъ дѣлъ евреевъ, на основаніи правилъ ихъ религіи, то судебныя мѣста обязаны не провѣрять только фактъ расторженія брака раввиномъ или компетентность духовной власти, постановившей разводъ, а обязаны установить соотвѣтствіе или несоотвѣтствіе указанныхъ сторонами поводовъ развода еврейскимъ религіознымъ закономъ и, сообразно тому, признать бракъ расторгнутымъ или нѣтъ. Объясненіе просителя о томъ, что постановленіе раввина объ уважительности причинъ къ разводу имѣетъ обязательное для суда значеніе, не заслуживаетъ уваженія, хотя, конечно, такое постановленіе, исходя отъ лица, спеціально знакомаго съ религіозными законами евреевъ, не можетъ быть оставлено судомъ, разсматривающимъ бракоразводное дѣло, безъ обсужденія, какъ и всякія заключенія свѣдущихъ лицъ по предметамъ, требующимъ особыхъ, спеціальныхъ знаній. Равнымъ образомъ, неосновательно и указаніе просителя на то, что согласіе на разводъ можетъ быть доказано нотаріальнымъ актомъ. Если законъ разсмотрѣніе бракоразводныхъ дѣлъ евреевъ возложилъ всецѣло на судебныя мѣста, то само собою разумѣется, что согласіе сторонъ можетъ быть выражено лишь на судѣ, разбирающемъ подобное дѣло *). Словомъ, какъ варшавская судебная палата, такъ и сенатъ признали, что суды Царства Польскаго обязаны не регистрировать лишь разводы у евреевъ, а рѣшать дѣло о разводѣ или констатировать взаимное согласіе на разводъ.

---

*) Рѣш. гражд. кассац. департамента за 1883 г., № 127.

ГЛАВА III.

Адюльтеръ.

Личная расправа съ женою и соблазнителемъ у евреевъ, древнихъ германцевъ, современныхъ первобытныхъ народовъ.—Личная расправа у римлянъ и мѣры къ уничтоженію ея.—Остатки личной расправы у французовъ.—Общественное наказаніе за адюльтеръ у римлянъ, въ Россіи, Германіи.—Постепенное атрофированіе личной расправы у народовъ, живущихъ на Кавказѣ.—Кастрація.—Осрамительныя наказанія.—Изувѣченіе.—Карается только адюльтеръ жены.—Снисходительное отношеніе къ мужьямъ.—Гостепріимный гетеризмъ.—Поклоненіе женщинѣ во времена рыцарства.—Требуются объективныя доказательства адюльтера.—Свидѣтельскія показанія очевидцевъ.—Система доказательствъ въ Англіи.—Должна быть доказана вѣроятность факта.—«Сильное подозрѣніе» нашего уст. иностр. испов.—Оно заимствовано изъ прусскаго кодекса.—«Недозволительное обращеніе» по этому кодексу.

Вступленіе женщины въ связь съ другимъ лицомъ помимо воли мужа влечетъ за собою, на первобытныхъ ступеняхъ культуры, смерть обоихъ. Если найденъ будетъ лежащій съ замужней женой, сказано во Второзаконіи, то слѣдуетъ предать смерти обоихъ и мужчину, и женщину, съ которою онъ спалъ;

да будетъ устранено зло отъ Израиля *). Форма, въ которой изложено библейское постановленіе, не даетъ возможности заключить, идетъ-ли въ данномъ случаѣ рѣчь о дозволенной личной расправѣ или объ общественномъ наказаніи. Во всякомъ случаѣ, даже тѣ изъ германскихъ племенъ, которыя подъ вліяніемъ христіанства руководствовались библейскими постановленіями, усматривали въ приведенномъ постановленіи санкцію господствовавшей среди нихъ личной расправы. По закону лонгобардовъ, смерть постигаетъ обоихъ. Мужъ, застигшій преступленіе, вправѣ убить обоихъ, не подвергаясь наказанію **). Точно также и у вестготтовъ, бургундовъ и у многихъ другихъ германскихъ народовъ убійство мужемъ или женихомъ прелюбодѣя вмѣстѣ съ участницей его не считалось наказуемымъ убійствомъ ***).

Существованіе личной расправы въ видѣ убійства участниковъ адюльтера у современныхъ первобытныхъ народовъ засвидѣтельствовано многими путешественниками, хотя и по отношенію къ этимъ даннымъ каждый разъ возникаетъ сомнѣніе, идетъ-ли рѣчь о личной расправѣ или объ общественномъ наказаніи. Это затрудненіе устранится, если вспомнить то, что я сказалъ выше о роли суда или общественной власти въ первобытныя времена. Судъ отмѣчаетъ совершившееся явленіе и послѣдствія его для заинтересованныхъ сторонъ. Очевидно, такъ называемая личная расправа, въ случаѣ, если она одобрена общественною властью или судомъ въ видѣ народнаго собранія, есть въ сущности общественное наказаніе.

---

*) Второзаконіе, XXII, 22.

**) Leg. Long. I, 31, 1, 2. Gans, Erbrecht, III. S. 180.

***) Si adulterum cum adultera maritus vel sponsus occiderit, pro homicida non teneatur. Visig. III. 4, 4.

Заинтересованное лицо исполняетъ волю общества, въ случаѣ надобности, при соучастіи другихъ лицъ.

Если поэтому путешественники сообщаютъ, что на островѣ Тонга прелюбодѣяніе жены наказывалось смертною казнью, что той же участи подвергались соблазнители, что таково же было отношеніе къ участникамъ адюльтера въ Ротумѣ и Тикопіи, что и на островѣ Самоа и въ Новой Зеландіи убивали виновныхъ въ прелюбодѣяніи *), то очевидно, что во всѣхъ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ не объ общественномъ наказаніи, какъ мы его понимаемъ, немыслимомъ при данномъ строѣ общества, а о личной расправѣ заинтересованныхъ лицъ, одобряемой и поощряемой общественной властью.

Личная расправа мужа, а также отца жены съ прелюбодѣемъ, застигнутымъ на мѣстѣ преступленія, существовала въ видѣ обычной нормы и у древнихъ римлянъ. Позднѣйшее римское право ограничило примѣненіе этого обычая. Ограниченія заключались въ томъ, что мужъ вправѣ былъ безнаказанно убить только прелюбодѣя, и притомъ если онъ принадлежалъ къ низшимъ классамъ или былъ лишенъ чести, но не могъ безнаказанно убивать жены своей. Необходимость для мужа узнавать, съ кѣмъ онъ имѣетъ дѣло, кто нарушилъ его права, конечно, охлаждала пылъ его въ примѣненіи личной расправы, тѣмъ болѣе, что эта расправа могла быть совершена только на мѣстѣ преступленія. Отецъ вправѣ былъ убить прелюбодѣя лишь въ томъ случаѣ, если онъ, застигнувъ преступленіе въ своемъ домѣ или въ домѣ зятя, вмѣстѣ съ прелюбодѣемъ и одновременно (prope uno ictu et uno impetu) убивалъ и

*) Waitz. Anthropologie, V. S. 191; VI. S. 128, 129, 130.

дочь *). Любовь къ дочери со стороны отца, несомнѣнно, должна была повести за собою устраненіе личной расправы и съ виновникомъ адюльтера. Въ законѣ и приводится этотъ мотивъ. Только потому и дозволено отцу, а не супругу, убить дочь и всякаго прелюбодѣя, что въ немъ въ большинствѣ случаевъ должна заговорить естественная любовь отца къ дѣтямъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдовало обуздать пылъ и гнѣвъ супруга **). Тѣмъ не менѣе убійство мужемъ жены, застигнутой при совершеніи адюльтера, карается не столь строго, какъ убійство вообще, ибо, сказано въ Дигестахъ, весьма трудно умѣрить справедливое негодованіе, и мужъ наказывается больше за то, что онъ зашелъ слишкомъ далеко, чѣмъ за то, что онъ учинилъ личную расправу. Будетъ, слѣдовательно, достаточно, если онъ (вмѣсто смертной казни) будетъ осужденъ на вѣчную каторгу, когда онъ принадлежитъ къ низшему состоянію, или къ ссылкѣ на островъ, если онъ принадлежитъ къ высшему состоянію ***).

Во французскомъ уголовномъ кодексѣ вплоть до нынѣшняго времени сохранилось даже болѣе снисходительное отношеніе къ мужу, убившему жену или соучастника ея въ адюльтерѣ, если онъ застигъ ихъ совершающими преступленіе (Code penale, art. 324)—le meurtre commis par l'époux sur son épouse ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant delit dans la maison conjugale est excusable. Отсутствіе подобнаго постановленія въ уголовныхъ кодексахъ другихъ странъ нисколько не устраняетъ возмож-

*) L. 22, § 4. 24. 38, § 9. 42. D. de adult. 48, 5. См. Бернеръ. Уч. уг. пр., стр. 123—124.

**) L. 22, § 4. D. de adult. 48, 5.

***) L. 38, § 8. D. de adult. 48, 5.

ности и даже вѣроятности оправданія присяжными мужа (и жены), совершившихъ убійство при такихъ условіяхъ. Въ большинствѣ случаевъ такая расправа со стороны мужа является результатомъ невмѣняемости, т. е. онъ доведенъ измѣной жены или даже сильнымъ подозрѣніемъ объ измѣнѣ до такого раздраженія, что онъ не въ состояніи относиться разсудительно къ постигшему его несчастію, и прибѣгаетъ къ тому способу реакціи, который имъ унаслѣдованъ отъ отдаленнаго предка и гнѣздится въ немъ въ видѣ инстинкта, не требуетъ, слѣдовательно, обдуманности, совершается какъ будто самъ собою, безъ участія воли и сознанія. Графу Л. Н. Толстому не было никакой надобности прибѣгать въ «Крейцеровой сонатѣ» къ такимъ натянутымъ объясненіямъ враждебнаго чувства мужа къ измѣнившей ему женѣ, выразившагося въ убійствѣ, какъ то, что вражда между супругами есть будто бы неизбѣжная принадлежность физической любви, что за энергическимъ періодомъ любви долженъ будто бы слѣдовать столь же сильный періодъ злобы и т. д. Патологическое чувство, приписываемое Золя своему герою въ «Bête humaine», здѣсь какъ бы возведено въ общее правило. Отсюда и выводъ: соединеніе съ предметомъ любви въ бракѣ или внѣ брака есть нѣчто недостойное человѣка. Предрасположеніе къ личной кровавой расправѣ съ невѣрной женой есть результатъ наслѣдственности, а источникомъ такого настроенія мужа въ тѣ раннія времена, когда оно образовалось, является вполнѣ соотвѣтствовавшее дѣйствительности понятіе о правѣ на жену, какъ на собственность. Такое отношеніе къ женѣ, какъ къ собственности, не чуждо культурнымъ людямъ, въ видѣ безсознательнаго чувства, не смотря на измѣнившіяся формы общежитія. Понятіемъ о правѣ на жену, какъ на собственность, объясняется

и кровавая расправа съ похитителемъ этой собственности—участникомъ въ прелюбодѣяніи.

По римскому праву, личная расправа мужа съ прелюбодѣемъ допускалась и въ слѣдующемъ случаѣ. Если мужъ, подозрѣвая кого либо въ недозволительныхъ сношеніяхъ съ женою, заявитъ ему о своемъ подозрѣніи письменно три раза въ присутствіи трехъ достовѣрныхъ свидѣтелей и затѣмъ застанетъ его съ своею женою въ своемъ домѣ или въ домѣ жены, или въ домѣ подозрѣваемаго въ адюльтерѣ, или вообще въ подозрительныхъ мѣстахъ, или въ предмѣстьяхъ, то онъ вправѣ безнаказанно убить его *).

Ограничивъ случаи личной мести, римское право опредѣлило въ видѣ наказанія, налагаемаго государствомъ, ту же смертную казнь за прелюбодѣяніе для участника преступленія **), а для жены установлено слѣдующее наказаніе: Женщина, уличенная въ прелюбодѣяніи, по надлежащемъ тѣлесномъ наказаніи, отсылается въ монастырь. Если въ теченіи 2 лѣтъ мужъ пожелаетъ взять ее оттуда, то онъ можетъ это сдѣлать. Если же мужъ не возьметъ ее къ себѣ, или умретъ, прежде чѣмъ возьметъ, то она постригается въ монахини. Это постановленіе вошло и въ Фотіевъ Номоканонъ ***). Какъ указываетъ Неволинъ, наказаніе это практиковалось и у насъ. Синодскимъ указомъ 1723 г. оно было замѣнено новымъ. «Женъ, отрѣшенныхъ отъ мужей ихъ за правильныя вины, говорится въ этомъ указѣ, въ монашество не постригать ихъ, но по винамъ ихъ, которыя явятся повинны наказанію, или ссылкѣ на прядильный дворъ отсылать ихъ по

*) L. 30, § 2. C. ad leg. Jul. de adult. 9, 9.

**) Sacrilegos nuptiarum gladio puniri jubemus.

***) Кормч. ч. 2 л. 52. Неволинъ, Ист. русс. гр. зак. I (1857), стр. 169, прим.

состоявшемуся о томъ именному Его Величества указу въ Юстицъ Коллегію» *).

И среди германскихъ племенъ, отчасти подъ вліяніемъ римскаго права, обычная личная расправа замѣнена была смертною казнью, опредѣлявшеюся законами. Въ саксонскомъ и шведскомъ зерцалахъ за прелюбодѣяніе полагается обезглавленіе **). Въ нѣмецкихъ городскихъ уставахъ послѣдующихъ столѣтій полагается то же наказаніе для мужчины и закапываніе живою для женщины, если обиженный мужъ не удовольствуется выкупомъ ***).

Въ Австріи въ 1340 г. обоихъ виновныхъ въ адюльтерѣ прокалывали коломъ ****).

Еще Каролина (1532) грозила наказаніемъ по слову предковъ нашихъ и по нашему императорскому праву» *****), т. е. согласно римскому праву, мечемъ для прелюбодѣя и монастыремъ для женщины, но въ то время эти наказанія уже стали замѣняться сохранившимся понынѣ наказаніемъ, лишеніемъ свободы—тюремнымъ заключеніемъ на большіе или меньшіе сроки.

Существованіе обычая личной мести и постепенное, хотя и медленное атрофированіе его можно прослѣдить среди народовъ, живущихъ на Кавказѣ. По адатамъ куртатинцевъ (горцевъ Владикавказскаго округа), мужъ, заставшій прелюбодѣя съ женою, убиваетъ его на смерть. Если послѣднему удалось

*) П. С. З. 22 марта 1723 г. № 4190 п. 10. Неволинъ I, стр. 174, прим.

**) Sachsensp. II. 13, 5. Schwabenspieg. 67.

***) Weinhold. Deutsche Frauen (2 Aufl.) II. 26—27.

****) Kriegk. Bürgerthum. S. 288.

*****) С. с. с. ст. 120.

избѣгнуть своей участи, онъ убѣгаетъ въ другое общество, т. е. навсегда оставляетъ свою родину *). У чеченцевъ, мужъ, заставшій съ своею женою прелюбодѣя, также убиваетъ его на мѣстѣ. Но если прелюбодѣй успѣлъ скрыться, то мужъ отрѣзываетъ женѣ носъ и отсылаетъ ее къ ея родственникамъ. Объ этомъ онъ заявляетъ обществу, которое налагаетъ штрафъ, заключающійся въ 46 штукахъ рогатаго скота, въ пользу обиженнаго мужа. Половина штрафа должна быть уплачена виновнымъ, другая половина родственниками жены **). Такимъ образомъ только застигнутый на мѣстѣ преступленія прелюбодѣй расплачивается жизнью, успѣвшій убѣжать облагается лишь штрафомъ. Дальнѣйшую ступень представляетъ собою обычай фарсалаговъ (одного изъ обществъ Владикавказскихъ горцевъ). Мужъ имѣетъ право отрѣзать носъ женѣ, обличенной въ прелюбодѣяніи, и прогнать ее, и за это ни предъ кѣмъ не отвѣчаетъ. Если же онъ, заставъ прелюбодѣя при совершеніи преступленія, въ азартѣ лишитъ его жизни или ранитъ, то за убитаго или раненнаго подвергается значительному денежному штрафу, какъ за всякое кровопролитіе ***).

Еще сильнѣе реакція противъ личной расправы съ женою и прелюбодѣемъ у одного изъ чеченскихъ обществъ. Въ болѣе раннія времена тамъ затаптывали лошадьми или побивали каменьями несчастную жертву обольщенія. Обольститель замужней женщины также подвергался смерти ****). Адатами же установлено, что въ случаѣ, если мужъ въ азартѣ убьетъ прелюбодѣя, онъ платитъ 12 коровъ родственникамъ убитаго, но

*) Леонтовичъ. II, стр. 41, 42.
**) Леонтовичъ, II. стр. 116—117.
***) Ibid., стр. 43.
****) Дубровинъ, Ист. войны на Кавк. (1871) I, стр. 435.

это не избавляетъ его отъ кровавой мести, за что, впрочемъ, совершившіе ее родственники уплачиваютъ двойной штрафъ—24 коровы. Если обиженный мужъ не прибѣгъ къ личной расправѣ, то прелюбодѣй уплачиваетъ ему за безчестіе 24 коровы. Женѣ своей мужъ отрѣзываетъ носъ и отсылаетъ къ ея родителямъ. Если онъ прогонитъ жену, не подвергнувъ ее изувѣченію, то и родственники ея обязаны уплатить 24 коровы *). Выгоды, получаемыя отъ высокихъ штрафовъ, являются такимъ образомъ средствомъ для устраненія личной расправы.

Вѣроятно столь же постепенно у алагирцевъ выработался обычай, что прелюбодѣй, застигнутый мужемъ на мѣстѣ преступленія, уплачиваетъ ему лошадь съ приборомъ и дѣлаетъ ему угощеніе. Женѣ мужъ отрѣзываетъ носъ и прогоняетъ къ родственникамъ. Но если онъ откажется отъ изувѣченія жены и оставитъ ее у себя, то также получаетъ лошадь отъ родственниковъ ея **).

Наконецъ, уже при содѣйствіи русской власти, жители Нагорнаго округа въ 1864 году сдѣлали постановленіе, по которому виновный въ прелюбодѣяніи подвергается тому же наказанію, какъ и убійца по русскимъ законамъ, т. е. каторгѣ, причемъ онъ судится въ народномъ судѣ. Взамѣнъ прежняго наказанія жены, виновной въ прелюбодѣяніи—отрѣзанія носа и губъ, родственники ея платятъ за безчестье ***).

У народовъ, живущихъ на Кавказѣ, постепенное атрофированіе обычая осложнилось, благодаря вмѣшательству русской власти. Тамъ, гдѣ такихъ культурныхъ вліяній со стороны не было и быть не могло, убійство виновника преступленія за-

*) Леонтовичъ, II, стр. 120.
**) Ibid, стр. 44.
***) Ibid, стр. 139.

мѣняется кастраціей, а убійство женщины, какъ и у кавказскихъ народовъ, изувѣченіемъ.

Титмаръ разсказываетъ, что польскій народъ во времена Мѣшка I и Болеслава Храбраго имѣлъ многіе жестокіе, но все же похвальные обычаи. Если кто позволялъ себѣ незаконное сообщеніе съ чужими женами или прелюбодѣяніе, онъ подвергался слѣдующему наказанію: его выводили на помостъ среди рынка и пригвождали тамъ за дѣтородныя части; возлѣ него клали ножъ, оставляя преступнику—или умереть въ такомъ положеніи, или отрѣзать прибитые члены. Виновной женщинѣ вырѣзывали гениталіи и вѣшали ихъ на дверяхъ дома, въ поученіе и урокъ входящимъ *).

Во французскомъ уголовномъ кодексѣ сохранилось и снисходительное отношеніе къ кастраціи, если она является результатомъ оскорбительнаго нападенія на женщину **).

Кастрація съ теченіемъ времени выходитъ изъ употребленія, причемъ въ видѣ остатка является вожденіе виновныхъ въ обнаженномъ видѣ для опозоренія ихъ, что сохранилось до новѣйшихъ временъ.

Тацитъ упоминаетъ объ осрамительномъ наказаніи только для женщинъ у германцевъ. За супружескою невѣрностью,—говоритъ онъ,—наказаніе слѣдуетъ немедленно и предоставляется мужьямъ (т. е. является личною расправой). Обрѣзавъ волосы, раздѣтую до нага, въ присутствіи родственниковъ выгоняетъ невѣрную мужъ изъ дома и чрезъ всю деревню го-

*) Thietmar. Chronicon. VIII, 2. Котляревскій. Древности прибалтійскихъ славянъ. Прага, 1874 г., стр. 99—100.

**) Code penale, art. 325. Le crime de castration, s'il a été immediatement provoque par un outrage violent à la pudeur, sera consideré comme meurtre ou blessures excusables.

нить ее плетью *). Несомнѣнно, однако, что вожденіе нагишомъ въ отдаленныя отъ насъ времена сопровождалось тѣмъ, что обнаженная участница преступленія водила виновника, держа орудіе преступленія **).

Людовикъ Святой, во время пребыванія въ Цезареѣ, въ Сиріи, приговорилъ рыцаря, застигнутаго на мѣстѣ совершенія дѣянія, къ слѣдующему наказанію: женщина, съ которою онъ былъ найденъ, должна вести его въ рубашкѣ, держа веревку, привязанную къ половымъ органамъ; если же рыцарь не согласится подвергнуться такому наказанію, онъ лишится лошади и вооруженія и будетъ прогнанъ отъ взоровъ короля. Рыцарь предпочелъ послѣднее ***).

По уставамъ нѣкоторыхъ датскихъ городовъ, виновные въ прелюбодѣяніи освобождались отъ всякаго наказанія, если виновная соглашалась водить прелюбодѣя по улицамъ, держа согрѣшившую часть тѣла его ****). Хожденіе виновныхъ въ обнаженномъ видѣ упоминается во многихъ уставныхъ грамотахъ XIII и XIV в. и, между прочимъ, въ уставной грамотѣ, данной графомъ Савойскимъ въ 1266 г. *****).

Мы уже видѣли, что у народовъ, живущихъ на Кавказѣ, убійство жены замѣняется изувѣченіемъ ея въ той или другой формѣ. Само собою разумѣется, что южно-американскіе индѣйцы, прибѣгавшіе къ такимъ же способамъ изувѣченія, т. е. отрѣ-

*) Tacit. Germania. Cap. 19 (русск. пер. Модестова, I, стр. 51).

**) Quicumque habitator villae martelli cum alique uxorata in eadem villa captus esset, et probatus adulter trahetur per genitalia nudus et adultera nuda. Chassan. Symbolique de droit (1847) p. 214.

***) Joinville. Hist. de St. Loys (1668). Schassan, p. 215.

****) Weinhold. Frauen. II, 26 прим.

*****) Chassan, p. 215—216. См. также мои «Очерки сравн. этнографіи», стр. 165—166.

зыванію носа, волосъ, бичеванію *), или самоанцы, откусывавшіе носъ у женъ, совершившихъ прелюбодѣяніе **), не заимствовали этого способа личной мести у народовъ, живущихъ на Кавказѣ. Нельзя также объяснить заимствованіемъ у американскихъ или австралійскихъ племенъ существованіе этого способа наказанія въ европейскихъ законодательныхъ памятникахъ.

По Эклогѣ (739—741), у женщинъ, виновныхъ въ прелюбодѣяніи, отрѣзываются, какъ и у кавказскихъ горцевъ, носы. То же по Прохирону (870) и Базиликамъ ***).

По древнимъ англійскимъ законамъ, кромѣ носа, отрѣзывались и волосы ****). Примѣненіе такого способа изувѣченія къ женщинѣ, нарушившей супружескую вѣрность, у всѣхъ народовъ объясняется тѣмъ, что вообще рабамъ, изобличеннымъ въ воровствѣ, въ похищеніи чужой собственности, отрѣзывались носы или уши, или то и другое.

Изъ приведенныхъ до сихъ поръ данныхъ видно, что на раннихъ ступеняхъ культуры прелюбодѣяніе признается событіемъ, разрушающимъ брачный союзъ, лишь въ томъ случаѣ, когда оно совершается женою. Плавтъ влагаетъ въ уста одного изъ дѣйствующихъ лицъ въ его комедіи жалобу на то, что законъ караетъ только невѣрность женъ, но не мужей, и спрашиваетъ, почему въ то время, какъ всякая честная женщина можетъ довольствоваться однимъ мужемъ, этотъ послѣд-

*) Klemm. Allg. Culturgesch. II, S. 80, 81.
**) Waitz. Anthropologie. VI, S. 129.
***) Неволинъ. Ист. росс. гр. зак., т. I, стр. 169, прим.
****) Anc. Laws of Engl. 174. Paterson. Commentaries (1877) I, p. 287.

нiй не можетъ довольствоваться одною женою *). Каноническое право требуетъ того же цѣломудрiя отъ мужа, какъ и отъ жены, и осуждаетъ одинаково адюльтеръ со стороны лицъ обоего пола **). Тѣмъ не менѣе средневѣковые законы знаютъ, какъ и наша 262 ст., т. XVI Зак. о суд. по дѣл. о прест. (изд. 1892 г.) и 191 ст. Зак. суд. гр., особый классъ людей — «явныхъ прелюбодѣевъ», которыхъ общественная власть караетъ, но довольно снисходительно, если прелюбодѣянiе совершено женатымъ человѣкомъ съ незамужней. Во Франкфуртѣ въ 1452 г. изданъ былъ законъ, по которому лица, совершившiя адюльтеръ, облагались пенею въ 10 гульденовъ, а въ случаѣ несостоятельности — изгнанiемъ. Тѣмъ не менѣе чрезъ три года послѣ изданiя этого закона прелюбодѣямъ назначаютъ срокъ, по истеченiи котораго они подвергнутся установленному наказанiю, если не откажутся отъ своей безпутной жизни. Да и по истеченiи этого срока, нѣкоторые изъ нихъ, несмотря на жалобы женъ, отдѣлались лишь предостереженiемъ, другимъ пеня была понижена съ десяти до двухъ гульденовъ ***). Еще въ 1446 году депутатъ города Франкфурта, отряженный городскимъ совѣтомъ по дѣлу въ Кельнъ, отмѣчаетъ въ представленномъ имъ счетѣ издержекъ расходъ на посѣщенiе дома терпимости ****). Именно потому, что прелюбодѣянiе со стороны мужа не вызывало общественнаго негодованiя и не побуждало къ жестокой расправѣ,

*) Mercator. Act. IV. Sc. 5.

**) Въ канонахъ имѣются слѣдующiя положенiя: Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione condemnata. Eadem a viro, quae ab uxore debetur castitas.

***) Kriegk. Bürgerth. S. 287, 289.

****) Kriegk. ibid, S. 274.

признаніе нецѣломудрія мужа хотя бы съ незамужней преступленіемъ со стороны законодателя, между прочимъ въ Каролинѣ, вызвало реакцію противъ кары, которою оно искони облагалось, и жестокія казни замѣнены были, какъ указано уже выше, лишеніемъ свободы, какъ для мужей, такъ и для женъ.

Слѣдуетъ имѣть въ виду, что и жестокія мѣры, установленныя обычаемъ и закономъ противъ адюльтера женъ, могли имѣть лишь ограниченное примѣненіе на раннихъ ступеняхъ культуры. Адюльтеръ карался въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ совершался замужними женщинами безъ вѣдома и помимо воли мужей. Гостепріимный гетеризмъ является общепринятымъ институтомъ въ теченіе продолжительнаго періода исторіи человѣчества. По словамъ Крашенинникова, коряки и чукчи считаютъ величайшимъ оскорбленіемъ отказъ гостя отъ исполненія такого любезнаго предложенія *). Миддендорфъ передаетъ, что и въ то время, когда онъ совершалъ путешествіе по Сибири, гость чествовался у самоѣдовъ тѣмъ, что въ его распоряженіе предоставлялась жена и дочь **). Подобный обычай существовалъ у сѣверо-американскихъ индѣйцевъ, въ Африкѣ на Мадагаскарѣ и въ другихъ мѣстностяхъ ***). Путешественники по Абиссиніи, Комбъ и Тамизье, не разъ сталкивались съ этимъ обычаемъ въ тѣхъ домахъ, гдѣ они останавливались ****).

---

*) Крашенинниковъ. Опис. Камчатки (изд. 2) ч. 2, стр. 148—149. Якушкинъ. Обычное право. 1875, стр. VII.

**) Middendorf. Sibirische Reisen. Petersburg (1875) IV. S. 1407. Hellwald. Menschliche Familie. S. 327.

***) Петри, Антропологія (1890), стр. 434.

****) Combes et Tamisier. Voyage en Abyssinie II p. 16. Hellwald, ibid. S. 328.

Въ виду такихъ данныхъ, число которыхъ можетъ быть увеличено, трудно, слѣдовательно, утверждать, что кровавая расправа за прелюбодѣяніе въ первобытныя времена, совершаемая мужемъ, является послѣдствіемъ привязанности и любви, и напротивъ, слѣдуетъ признать, что эта расправа вызывается лишь негодованіемъ мужа по поводу нарушенія его права собственности. Иначе говоря, дѣло не въ цѣломудріи замужней женщины, а въ нарушеніи права распоряженія мужа *). Если, по словамъ Уилькса, туземцы Новаго Южнаго Валлиса часто отдаютъ своихъ женъ друзьямъ, то, очевидно, ревность, которую они обнаруживаютъ, по словамъ Уилькса **), въ тѣхъ случахъ, когда посторонніе люди позволяютъ себѣ свободное обращеніе съ ихъ женами, не есть ревность въ обыденномъ смыслѣ, не есть послѣдствіе воззрѣнія, что женщина должна принадлежать исключительно одному мужчинѣ, какъ полагаетъ Вестермаркъ.

Остаткомъ гостепріимнаго гетеризма являются обычаи поклоненія женщинѣ и ухаживанія за замужними женщинами рыцарства въ средніе вѣка. Существовало въ то время общее положеніе, что наличность брака не есть препятствіе къ принятію любовнаго предложенія—causa conjugii ab amore non est excusatio certa ***). Что это ухаживаніе не было платоническимъ, видно изъ тѣхъ градацій поклоненія, которыя изображаются у провансальскихъ трубадуровъ. Сначала поклонникъ является только робкимъ, таящимъ въ сердцѣ любовь. Ободренный своей возлюбленною, онъ рѣшается на признаніе; третья ступень—

*) Hellwald, ibid. S. 329—330.

**) Wilkes. Narrative of the United States Exploring Expedition (1845) II, p. 195. Westermarck, p. 130.

***) Weinhold. Die deustchen Frauen im Mittelalter I, p. 256.

это принятіе любовнаго поклоненія: мольба его услышана. Четвертая ступень—поклонникъ становится возлюбленнымъ. Болѣе грубо эти четыре ступени выражены въ слѣдующей формулѣ: «Ab antiquo igitur quatuor sunt in amore gradus disincti; primus in spei datione consistit, secundus in osculi exhibitione, tertius in amplexus fruitione, quartus in tolius concessione personae finitur» *). Уже одно то, что тотъ, кто признанъ рыцаремъ дамы, имѣлъ право сопровождать ее въ спальню, помогать ей при раздѣваніи, является указаніемъ на смыслъ ухаживанія. Хотя по общему порядку требовалось, чтобы рыцарь удалился, но слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ тѣ времена укладывались спать совершенно голыми **). Бывало, что возлюбленная дама предоставляла рыцарю оставаться съ нею на ночь съ обязательствомъ, что онъ не дозволитъ себѣ ничего, кромѣ поцѣлуя. Но это условіе, конечно, не было conditio sine qua non. Гартманъ изъ Ауэ, который утверждаетъ, что бывали случаи, когда это обязательство исполнялось, прибавляетъ однако: «Богу вѣдомо, что людей, умѣющихъ выдержать такое испытаніе, немного» ***). Вообще цѣль всѣхъ стремленій, награда за поклоненіе выражена слѣдующимъ образомъ въ одномъ изъ поэтическихъ произведеній среднихъ вѣковъ.

Minne-Sold
Wird geholt
Völligliche, wo ein Mann
Und ein Weib
Um ihren Leib

*) Weinhold. I, S. 270.
**) Weinhold, ibid, S. 272.
***) Weinhold, ibid, I, S. 263.

Lassen vier Arme gehn.
Decke—bloss
Freude—gross
Wird da beidenthalber kund
Ob da nicht
Mehr geschicht? *)

Награда за ухаживаніе получается, когда мужчина и женщина находятся въ объятіяхъ другъ у друга. Прочь покрывало, великая радость для обоихъ. Можетъ быть тутъ еще кое что происходитъ.

Вплоть до новѣйшихъ временъ, такъ называемые чичисбеи или cavaliere servente въ Италіи, cortego—въ Испаніи, т. е. друзья дома, напоминали о служеніи или поклоненіи замужнимъ женщинамъ въ средніе вѣка.

Только при измѣнившемся воззрѣніи на бракъ, т. е. когда онъ признается пожизненнымъ союзомъ одного мужчины съ одною женщиною—прелюбодѣяніе какъ со стороны мужа, такъ и жены, ведетъ къ уничтоженію брака въ формѣ разлученія отъ стола и ложа—въ римско-католической церкви и въ формѣ расторженія самаго брака у народовъ, исповѣдующихъ евангелическо-лютеранскую и православную вѣру.

Въ Англіи еще донынѣ прелюбодѣяніе со стороны жены представляется достаточнымъ поводомъ къ расторженію брака, между тѣмъ какъ только квалифицированное прелюбодѣяніе, т. е. кровосмѣсительная связь или простое прелюбодѣяніе, осложненное жестокимъ обращеніемъ или злонамѣреннымъ оставленіемъ со стороны мужа, можетъ повлечь за собой такія послѣдствія; неосложненное прелюбодѣяніе ведетъ только къ разлученію.

*) Unger. Ehe etc., p. 141.

Разъ бракъ признается пожизненнымъ союзомъ лицъ, расторжимымъ только при участіи общественной власти и по причинамъ, независящимъ отъ усмотрѣнія этихъ лицъ, понятно, что собственное признаніе супруговъ въ совершеніи прелюбодѣянія не можетъ еще вести къ расторженію брака, ибо это въ сущности равносильно расторженію брака по собственному усмотрѣнію супруговъ и по обоюдному ихъ согласію. Въ виду этого для расторженія брака по причинѣ адюльтера, какъ и по другимъ причинамъ, требуются объективныя доказательства. По уставу нашихъ духовныхъ консисторій, главными доказательствами преступленія должны быть признаны показанія двухъ или трехъ очевидцевъ-свидѣтелей и прижитіе дѣтей внѣ законнаго супружества, доказанное метрическими актами и доводами о незаконной связи съ постороннимъ лицомъ. Затѣмъ прочія доказательства, какъ-то: письма, обнаруживающія преступную связь отвѣтчика, показанія свидѣтелей, не бывшихъ очевидцами преступленія, но знающихъ о томъ по достовѣрнымъ свѣдѣніямъ или по слухамъ; показанія обыскныхъ людей о развратной жизни отвѣтчика и другія тогда только могутъ имѣть свою силу, когда соединяются съ однимъ изъ главныхъ доказательствъ или же въ своей совокупности обнаруживаютъ преступленіе (уст. дух. конс., ст. 252). Въ сущности всѣ доказательства, допускаемыя въ консисторскомъ судѣ, въ настоящее время сводятся къ одному доказательству—показанію двухъ или трехъ очевидцевъ, т. е. къ такому доказательству, на которое менѣе всего можно разсчитывать не только въ высшихъ, но и въ низшихъ слояхъ общества. Какъ бы явно ни совершалось половое сближеніе, оно не совершается при открытыхъ дверяхъ, при свидѣтеляхъ. По поводу требованія двухъ свидѣтелей для доказательства факта

въ судѣ, Бентамъ говоритъ: Въ этомъ требованіи заключаются два положенія. Всякій человѣкъ лгунъ, и всякій судья глупецъ; безъ второго положенія первое было бы недостаточно для обоснованія правила о двухъ свидѣтеляхъ. Въ данномъ случаѣ дѣло обстоитъ еще хуже: судъ регистрируетъ только рѣшеніе двухъ завѣдомыхъ клятвопреступниковъ.

Требованіе относительно свидѣтелей-очевидцевъ есть, конечно, остатокъ того отдаленнаго времени, когда прелюбодѣяніе вело за собою смертную казнь соблазнителя и когда такая кара могла постигнуть виновныхъ лишь вслѣдствіе согласнаго показанія двухъ свидѣтелей. По словамъ двухъ свидѣтелей или трехъ, сказано во Второзаконіи (17, 6), долженъ умереть осужденный на смерть; не слѣдуетъ предавать смерти по словамъ одного свидѣтеля. Эти два свидѣтеля—testes classici, testes omni exceptione majores—усвоены каноническимъ правомъ. Но, какъ видно изъ приведенной статьи нашего уст. дух. конс., и каноническое право допускало уже взамѣнъ свидѣтелей-очевидцевъ—совокупность обстоятельствъ. Тѣмъ менѣе, слѣдовательно, практика судебная могла настаивать на безусловномъ господствѣ древняго процессуальнаго правила.

И въ Англіи въ церковномъ судѣ требовалось два свидѣтеля или одинъ свидѣтель, показанія котораго подкрѣпляются другими данными. Но англійскій церковный судъ успѣлъ выработать систему доказательствъ, ничѣмъ не отличающуюся отъ дѣйствующей въ свѣтскомъ судѣ. Прелюбодѣяніе окружено мракомъ и тайной, а потому тамъ не требуется доказательствъ того, что адюльтеръ совершенъ въ данное время, въ данномъ мѣстѣ.

Уже въ притчахъ Соломона указывается, что фактъ пре-

любодѣянія столь же трудно прослѣдить, какъ путь орла въ небѣ, путь змѣи на скалѣ, путь корабля на поверхности моря *). Ссылаясь на эти изреченія, Мильтонъ находитъ, что требовать очевиднаго свидѣтельства факта значитъ предоставить мужа нестерпимому позору до тѣхъ поръ, пока фактъ будетъ раскрытъ. Нельзя требовать отъ мужа или доказательства *всего* посредствомъ свидѣтелей, или при отсутствіи такихъ доказательствъ, требовать отъ него самообмана. При обсужденіи такихъ фактовъ судъ можетъ руководствоваться лишь общепринятыми правилами житейской справедливости, предоставляя разумному человѣку идти по среднему пути разсудительной осторожности, не уклоняясь ни въ сторону жалкой ревности, ни въ сторону тупой и смиренной терпимости **). Этими началами издавна руководствовался англійскій церковный судъ. Лордъ Стоэль говоритъ по этому поводу. «Судъ не хочетъ быть обманутымъ. Онъ хочетъ судить о фактахъ, какъ и другіе здравомыслящіе люди. Единственное общее правило, которое можетъ быть установлено по этому предмету, это то, что обстоятельства должны быть таковы, чтобы дать возможность разсудительному и здравомыслящему человѣку придти къ заключенію. Факты, которые приходится доказывать, не техническаго свойства, наличность ихъ опредѣляется на основаніи общихъ правилъ логики, и судьи сильно уклонились бы отъ обязанности оказать защиту нарушеннымъ правамъ, если бы они вдались въ тонкости или установили бы искусственныя правила для разрѣшенія этихъ вопросовъ» ***).

*) Притчи. XXX, 19—20.
**) Milton. The doctrine and discipline of divorce, p. 276—277.
***) Chambers v. Chambers (1810). Bishop, p. 336, 337. Dixon, p. 97.

Какъ примирить эти положенія съ требованіемъ, чтобы фактъ прелюбодѣянія былъ доказанъ свидѣтельствомъ очевидцевъ? На это лордъ Стоэль отвѣчаетъ: Я признаю, что по существующимъ правиламъ фактъ долженъ быть доказанъ столь близкими къ событію данными, которыя, согласно прежнимъ рѣшеніямъ, могутъ вызвать въ судѣ убѣжденіе, что преступный фактъ совершенъ. Судъ признаетъ авторитетность прецедентовъ, но если они ошибаются, онъ долженъ, насколько можетъ, идти собственною дорогою, самостоятельно разсуждая объ обстоятельствахъ даннаго дѣла *). Тѣ же принципы высказывалъ другой знаменитый судья церковнаго суда, докторъ Лешингтонъ. Вѣрно,—говоритъ онъ,—что въ большинствѣ случаевъ адюльтеръ совершается тайно, но столь же вѣрно и то, что въ большинствѣ случаевъ, когда стороны не живутъ раздѣльно, данныя, предъявляемыя суду, должны доказать лишь вѣроятность адюльтера. Этотъ видъ доказательствъ судъ ожидаетъ и требуетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда обстоятельства даютъ возможность ихъ представить **). Любопытно, что эта, несомнѣнно, раціональная система доказательствъ адюльтера удивительно похожа на предательскую систему доказательствъ, рекомендуемую Яго въ драмѣ Шекспира. На требованіе Отелло, чтобы Яго далъ ему очевидныя доказательства—ocular proof—супружеской невѣрности Дездемоны или, по крайней мѣрѣ, такія доказательства, чтобы для защиты ея невинности не было ни петли, ни крючка, гдѣ можно было бы прицѣпить сомнѣніе, Яго отвѣчаетъ, что такихъ доказательствъ представить невозможно, если бы ви-

*) Williams v. Williams (1798). Bishop, p. 338.

**) Dillon v. Dillon (1842). Bishop, p. 340.

новные были даже столь легкомысленны, какъ козлы, столь необдуманны, какъ обезьяны, столь яростны въ похоти, какъ волки, если бы они были даже столь безсмысленны, какъ пьяные и притомъ невѣжественные люди, и что онъ можетъ представить лишь косвенныя доказательства, которыя ведутъ къ истинѣ.

It is impossible jou should see this,
Were they as prime as goats, as hot as monkeys,
As salt as wolves in pride, and fools as gross
As ignorance made drunk. But je t i say
If imputation, and strong circumstances —
Which lead directly to the door of truth—
Will give jou satisfaction, jou may have it *).

Самая лучшая въ отвлеченномъ смыслѣ система доказательствъ можетъ оказаться несостоятельною на практикѣ въ рукахъ плохого судьи, а заинтересованный въ дѣлѣ, конечно, наиболѣе плохой судья. Для ревнивца, говоря словами Шекспира, мелочи, столь же легкія, какъ воздухъ, столь же убѣдительны, какъ доказательства, почерпнутыя изъ Священнаго писанія:

Trifles, light as air
Are, to the jedlous, confirmations strong
As proofs of holy writ.

Не въ такомъ положеніи находится независимый судья, не руководствующійся отравленными продуктами собственнаго воображенія и сознающій свои обязанности.

Въ одномъ дѣлѣ, гдѣ жена обвинялась въ прелюбодѣяніи, докторъ Лешингтонъ высказалъ: Я чувствовалъ себя подавленнымъ отсутствіемъ всякихъ доказательствъ неприличной

*) Act. 3, sc. 1.

фамильярности, всякихъ дѣяній, которыя можно было вполнѣ основательно ожидать во время продолжительной интимности съ постороннимъ лицомъ. Я чувствовалъ, что подобныя отношенія едва-ли могли существовать безъ попустительства со стороны мужа, чего я, однако, не имѣю права подозрѣвать. Съ другой стороны здѣсь констатирована продолжительная интимность, едва-ли совмѣстная съ предположеніемъ о невинныхъ отношеніяхъ. Хожденіе въ спальню, кормленіе ребенка въ его присутствіи, споры жены съ мужемъ изъ-за этого посторонняго лица и полное отсутствіе возраженій со стороны этого лица, ребенокъ, родившійся во время этой интимности,— смотря на всѣ эти факты, а думаю, что я вправѣ былъ признать доказаннымъ адюльтеръ съ такимъ-то, хотя я не намѣренъ скрывать, что я пришелъ къ этому выводу съ нѣкоторыми затрудненіями *).

Въ каждомъ данномъ случаѣ адюльтера должны быть доказаны три вещи: 1) предрасположеніе или намѣреніе обвиняемаго; 2) то же намѣреніе въ участникѣ и 3) наконецъ, возможность его осуществленія. Само собою разумѣется, что одно намѣреніе недостаточно безъ возможности его осуществленія. Но разъ эта возможность существуетъ, то не требуется доказательства того, что намѣреніе осуществилось. Въ одномъ дѣлѣ по обвиненію мужа въ прелюбодѣяніи, докторъ Лешингтонъ говоритъ: Доказано, что не только существовала страсть, но что она не была отвергнута, что то лицо, на которое указываютъ, какъ на участницу, допускало фамильярность, получало его письма, что возможность вступленія въ связь всегда существовала. Вообще не видно, чтобы она чѣмъ-либо сдер-

*) Coton v. Coton. Bishop, 340.

живала его страсть. Сомнѣваться при такихъ обстоятельствахъ, что прелюбодѣяніе совершено, значило бы предполагать, что дѣйствіе не есть послѣдствіе естественныхъ причинъ и что это былъ случай вполнѣ исключительный *).

Хотя, какъ видно изъ сказаннаго, англійскій судъ допускаетъ презумпціи, онъ тѣмъ не менѣе не позволяетъ себѣ заходить слишкомъ далеко въ этомъ отношеніи. Такъ, посѣщеніе женщиной квартиры холостого человѣка можетъ быть подозрительнымъ обстоятельствомъ и въ связи съ другими обстоятельствами вполнѣ достаточнымъ для того, чтобы придти къ заключенію о прелюбодѣяніи, но самъ по себѣ этотъ фактъ не устанавливаетъ виновности **). Если, напр., доказано, что ставни во время посѣщенія были закрыты, что были письменныя сношенія, которыя не допускаютъ другого объясненія, то такое посѣщеніе будетъ признано полнымъ доказательствомъ. Посѣщеніе дома, имѣющаго дурную славу, въ особенности для женщины, является достаточнымъ доказательствомъ, по мнѣнію лорда Стоэля; по старой поговоркѣ,—говоритъ онъ,—въ такой домъ не идутъ для того, чтобы говорить «Отче нашъ» ***). Тѣмъ не менѣе и подобныя посѣщенія могутъ быть разъяснены иначе: филантропіей, случайностью, даже надобностью. Говоря словами одного англійскаго юриста, вѣсъ и значеніе подобныхъ презумпцій зависитъ отъ обстоятельствъ, въ особенности отъ положенія въ обществѣ, отъ привычекъ заинтересованныхъ лицъ. Нужно всегда имѣть въ виду, что въ различныхъ кругахъ общества, въ различныхъ

*) Bramwell v. Bramwell (1831). Bishop, p. 341.

**) Williams v. Williams (1798). Bishop, p. 347. Dixon, p. 96. Browning, p. 66.

***) Lovedon v. Lovedon (1810). Bishop, p. 346.

странахъ господствуютъ различныя системы воспитанія, различные нравы. Такъ, напримѣръ, вольности, допускаемыя въ сношеніяхъ между людьми въ пизшихъ слояхъ, никоимъ образомъ не могутъ быть вмѣнены въ вину принадлежащимъ къ этимъ слоямъ, между тѣмъ какъ подобныя же вольности въ болѣе высшихъ классахъ общества и среди лицъ съ болѣе утонченнымъ воспитаніемъ должны естественно привести къ другому заключенію *).

Словомъ, по отношенію къ системѣ и способу доказательствъ, въ Англіи дѣйствуетъ тотъ же принципъ, который усвоенъ и нашимъ уставомъ иностранныхъ исповѣданій въ процессахъ о прелюбодѣяніи лицъ евангелическо-лютеранскихъ исповѣданій, хотя онъ и выраженъ нѣсколько дубовато. За нарушеніе супружеской вѣрности, говорится въ этомъ уставѣ, браки расторгаются не только въ случаѣ совершенно ясныхъ доказательствъ, но и при сильномъ подозрѣніи, когда оно, по общему порядку, въ судныхъ дѣлахъ можетъ быть принято почти равнымъ неоспоримому доказательству. Одно сознаніе обвиняемой стороны не признается достаточнымъ доказательствомъ нарушенія супружеской вѣрности **). Подъ сильнымъ подозрѣніемъ разумѣется здѣсь то, что въ каноническомъ правѣ именуется adulterium praesumtum. Это есть признаніе факта доказаннымъ не на основаніи данныхъ, подтверждающихъ совершеніе самаго адюльтера, а на основаніи данныхъ, приводящихъ къ заключенію, что адюльтеръ совершенъ, хотя въ исключительныхъ случаяхъ это умозаключеніе можетъ оказаться неосновательнымъ.

---

*) Bishop, p. 348—349.

**) Уст. иностр. исповѣд., ст. 272. См. также Польское Положеніе о союзѣ брачн., ст. 147.

Такою сильною презумпціей въ пользу адюльтера—или, по выраженію уст. иностр. исповѣд.,—сильнымъ подозрѣніемъ является нахожденіе мужчины и женщины наединѣ въ дезабилье—nudus cum nuda, solus cum sola. Въ сущности признаніе факта прелюбодѣянія, на основаніи такихъ и однородныхъ данныхъ, есть признаніе не на основаніи сильнаго подозрѣнія, а на основаніи убѣжденія, вызваннаго уликами, фактами, не находящимися въ прямой непосредственной связи съ событіемъ, а нѣсколько отдаленными отъ него. «Сильное подозрѣніе» нашего уст. иностр. исповѣд. заимствовано изъ прусскаго уложенія, гдѣ въ 673 §, части II, титула I къ прелюбодѣянію приравнивается такое недозволительное обращеніе, которое устанавливаетъ сильное предположеніе (dringende Vermuthung) о нарушеніи супружеской вѣрности. Изъ приравненія недозволительнаго обращенія къ прелюбодѣянію нѣмецкій уголовный кассаціонный сенатъ выводитъ заключеніе, что недозволительное обращеніе не представляетъ самостоятельнаго повода къ разводу, наравнѣ съ фактомъ прелюбодѣянія, а является только процессуальнымъ правиломъ, облегчающимъ доказательство факта прелюбодѣянія. Въ подтвержденіе этого положенія сенатъ указываетъ на правило, заключающееся въ слѣдующемъ затѣмъ непосредственно 674 §, по которому одно подозрѣніе (Verdacht) о нарушеніи супружеской вѣрности недостаточно для расторженія брака *). Какъ указано въ томъ же рѣшеніи, допустимость такого рода доказательствъ зиждется на положеніи каноническаго права о

---

*) Urteil II Strafsen. 8 October 1886. B. 14, № 90, S. 353. Hergenhahn. Eheschliessungs und Ehescheidungsrecht (1890), S. 51. См. также болѣе раннее рѣш., 16 іюля 1866 г. у Koch, Allg. Landrecht; III (8 изд.), S. 236.

violenta et certa suspicio fornicationis *). Если поэтому доказано, что, несмотря на недозволительное обращеніе, адюльтеръ не совершенъ, разводъ не можетъ быть допущенъ на основаніи 673 § **). Безстыдное поведеніе одного изъ супруговъ не даетъ само по себѣ другому супругу права на разводъ по смыслу 673 §. Женщина, проведшая по дѣлу ночь на мельницѣ, легла нераздѣтою на чужую кровать; съ нею легъ затѣмъ хозяинъ кровати, когда она не встала по требованію его. Судъ, по иску мужа этой женщины нашелъ, что для примѣненія 673 § необходимо, чтобы обстоятельства, при которыхъ произошло недозволительное обращеніе одного изъ супруговъ съ третьимъ лицомъ, нарушающее правила чести, приличія и добропорядочности, были такого свойства, что они оправдываютъ предположеніе о совершенномъ прелюбодѣяніи ***).

Такое толкованіе прусскими судами 673 § вполнѣ соотвѣтствуетъ тому канону, на которомъ этотъ параграфъ основанъ. Факты, о которыхъ идетъ рѣчь въ этомъ канонѣ, въ сущности порождали не презумпцію, а убѣжденіе въ виновности. Рѣчь идетъ о томъ, что жена не только сходилась съ родственникомъ мужа нерѣдко въ подозрительныхъ мѣстахъ и въ необычное время, но что, какъ показали свидѣтели, они лежали на одной кровати. Такіе факты представляютъ собою не только недозволительное обращеніе, а допускаютъ заключеніе о совершенномъ адюльтерѣ ****).

---

*) C. 12. X de praesumt.

**) Erkenntn. 16 Juli 1866. Koch. III, S. 236.

***) Koch. III, § 236, прим. 7.

****) См. между прочимъ München. Das kanonische Gerichtsverfahren. (1874) I, S. 195—196.

ГЛАВА IV.

Адюльтеръ (продолженіе).

Уголовный характеръ адюльтера обусловливаетъ характеръ процесса о разводѣ и допускаемыхъ при немъ отводовъ и возраженій.— Привлеченіе къ отвѣтственности корреспондента (соучастника). — Отводъ о стачкѣ.—Пособничество или попустительство.—Продолжительная отсрочка въ предъявленіи иска. — Сводничество въ римскомъ правѣ.—Публичныя зрѣлища въ Римѣ.—Совмѣстное мытье въ баняхъ.—Отводъ о прощеніи.—Оживаніе перваго правонарушенія при совершеніи втораго.—Прощеніе въ римскомъ правѣ.—Зачетъ (компенсація) взаимныхъ правонарушеній.—Устраненіе этого возраженія новѣйшими законодательствами.

Въ одномъ дѣлѣ о разлученіи вслѣдствіе жестокаго обращенія лордъ Стоэль высказалъ, между прочимъ: дѣло это гражданское, но дѣянія несомнѣнно уголовнаго свойства *). Но то же примѣнимо къ иску о разводѣ или о судебномъ разлученіи по многимъ другимъ поводамъ. Это—уголовныя правонарушенія, разбираемыя въ гражданскомъ судѣ. Еще въ на-

---

*) Evans v. Evans (1796). Bishop, p. 256.

стоящее время большинство дѣяній, дающихъ право на разводъ, карается и уголовными кодексами.

По 1716 § саксонскаго кодекса еще въ настоящее время иску о разводѣ по причинѣ прелюбодѣянія въ гражданскомъ судѣ должно предшествовать преслѣдованіе виновнаго супруга въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства, но при этомъ оправдательный вердиктъ не можетъ служить препятствіемъ къ тому, чтобы гражданскій судъ вновь разсмотрѣлъ этотъ вопросъ и призналъ доказаннымъ фактъ прелюбодѣянія на основаніи представленныхъ данныхъ.

Уголовный характеръ этихъ дѣяній и между прочимъ адюльтера объясняетъ всѣ особенности бракоразводнаго права и процесса въ прошломъ и настоящемъ. Отсюда различеніе между совершеніемъ адюльтера и покушеніемъ на него, отсюда споры между канонистами римско-католической церкви и пространныя разсужденія ихъ на тему, что слѣдуетъ считать совершившимся прелюбодѣяніемъ: immissio seminis, или immissio membri, отсюда признаніе въ прежнія времена адюльтера презумптивнымъ, если онъ не подтвержденъ собственнымъ сознаніемъ или свидѣтелями-очевидцами. Отсюда и обязанность указать на корреспондента (соучастника). Отсюда, наконецъ, и всѣ тѣ институты, о которыхъ сейчасъ будетъ рѣчь. Даже въ томъ случаѣ, если фактъ прелюбодѣянія доказанъ, онъ не влечетъ за собою по законодательствамъ культурныхъ народовъ послѣдствій въ случаѣ, если мужъ или жена являются пособниками или попустителями и въ особенности, если адюльтеръ выдуманъ или даже устроенъ на самомъ дѣлѣ по предварительному уговору между мужемъ и женою, для полученія развода.

Въ Англіи до изданія закона 1857 г. мужъ обыкновенно

предъявлялъ въ общемъ судѣ искъ къ участнику преступленія объ убыткахъ за преступное обхожденіе (criminal conversation) съ его женою, а затѣмъ предъявлялъ въ церковномъ судѣ искъ къ женѣ о разлученіи. Искъ противъ участника былъ необязателенъ, но онъ являлся почти общимъ правиломъ *). Съ передачей бракоразводныхъ дѣлъ въ общіе суды въ 1857 г. самостоятельный искъ къ соучастнику за преступное обхожденіе упраздненъ, но привлеченіе соучастника или соучастниковъ, если ихъ было нѣсколько, въ качествѣ отвѣтчиковъ вмѣстѣ съ женою стало обязательнымъ. Отъ привлеченія корреспондента или корреспондентовъ въ качествѣ отвѣтчиковъ мужъ съ разрѣшенія суда можетъ быть освобожденъ, если жена посѣщала домъ терпимости или была проституткой, т. е. вступала въ сношенія со многими, которыхъ не приходится выслѣживать и нѣтъ надобности точно опредѣлять **). Хотя корреспондентъ привлекается къ отвѣтственности какъ соучастникъ дѣянія жены, но искъ къ нему, какъ и въ прежнее время, есть искъ объ убыткахъ. Какъ опредѣляетъ судъ убытки и чѣмъ онъ руководствуется? Размѣръ убытковъ опредѣляется присяжными, и въ одномъ дѣлѣ руководившій ими судья далъ имъ слѣдующія наставленія. Прежде всего вы должны остановиться на вопросѣ, какъ велъ себя мужъ, обнаружилъ ли онъ беззаботность, недостатокъ вниманія, свидѣтельствующія о томъ, что онъ не цѣнилъ достодолжнымъ образомъ вѣрности жены. Слѣдующій вопросъ, жили ли супруги счастливо, ибо если жизнь была несчастная, утрата невелика. Дальнѣйшіе вопросы, на которыхъ вы должны сосредоточить свое внима-

*) Bishop, p. 274, 351—352.
**) Browning, p. 62—63. Dixon, p. 397.

ніе, относятся къ корреспонденту: какъ онъ былъ введенъ въ домъ, при какихъ обстоятельствахъ онъ сталъ интимнымъ другомъ, дѣйствовалъ ли онъ предательски? Обстоятельства эти весьма важны не потому, что вы обязаны карать его за злонамѣренность, а потому, что способы, которыми онъ добился расположенія, важны для опредѣленія размѣра убытковъ. Если женщина легко сдается мужчинѣ, который не употреблялъ никакихъ усилій, чтобы добиться ея расположенія, или если вы имѣете основаніе предполагать, что она дѣлала авансы, вы въ состояніи оцѣнить,—поскольку, разумѣется, супружеское счастье можетъ быть переведено на деньги,—какъ велика была потеря, испытанная мужемъ *).

Въ другомъ дѣлѣ судъ указалъ, что присяжные должны принять во вниманіе громадныя затраты, которыя сдѣлалъ корреспондентъ для того, чтобы соблазнить жену, ибо отсюда можно вывести заключеніе, что ее не легко было соблазнить, и тѣмъ цѣннѣе, слѣдовательно, она была для мужа **).

Требуя привлеченія къ отвѣту корреспондента, законъ, какъ это констатировано въ одномъ рѣшеніи, могъ имѣть въ виду двоякую цѣль: во-1, дать возможность обвиняемому въ адюльтерѣ возстановить свою репутацію; во-2, дать возможность въ интересахъ общества, требующаго, чтобы разводы давались нелегко, появленію на судъ стороны, заинтересованной въ опроверженіи обвиненія. Этимъ можетъ обусловливаться необходимость привлеченія соучастника къ отвѣту, даже въ томъ случаѣ, если истецъ не заинтересованъ въ убыткахъ и судеб-

*) Comyn v. Comyn (1860). Dixon, p. 305—306.

**) Cowing v. Cowing (1863). Dixon, p. 305. Browning, p. 80.

ныхъ издержкахъ *). Вотъ почему судъ только въ рѣдкихъ случаяхъ допускаетъ предъявленіе иска со стороны мужа объ адюльтерѣ безъ привлеченія корреспондента въ качествѣ отвѣтчика. Если, сказано въ одномъ дѣлѣ, дать мужу возможность предъявить искъ, не призывая къ суду корреспондента, то онъ такимъ путемъ избавится отъ противника, могущаго, посредствомъ разъясненія всѣхъ обстоятельствъ дѣла, содѣйствовать отказу въ искѣ **).

Каковы бы ни были тѣ сознательные мотивы, которые выставляются въ настоящее время англійскимъ судомъ въ пользу необходимости привлеченія въ качествѣ отвѣтчика корреспондента, изъ приведенныхъ выше данныхъ не трудно усмотрѣть, что этотъ институтъ, хотя онъ крѣпко держится въ Англіи и въ настоящее время, есть переживаніе того отдаленнаго времени, когда отмщеніе соблазнителю, расправа съ нимъ стояла на первомъ планѣ. Измѣнилась лишь форма преслѣдованія врага — не дубьемъ, а рублемъ.

Уже при прежнемъ порядкѣ судопроизводства, когда мужъ, предъявляя искъ къ соучастнику адюльтера за преступное обхожденіе, добивался лишь убытковъ, лордъ Стоэль въ дѣлѣ Мурсомъ указалъ, что вердиктъ присяжныхъ противъ соучастника и притомъ на большую сумму въ значительной мѣрѣ устраняетъ возможность предположенія о стачкѣ между сторонами или о попустительствѣ со стороны мужа. Вердиктъ свидѣтельствуетъ о томъ, что или вовсе не пытались предъявить отводъ о попустительствѣ, который способенъ былъ подорвать

---

*) Carryer v. Carryer (1865). Dixon, p. 298.
**) Quike v. Quike (1861). Dixon, p. 297.

искъ, или что этотъ отводъ не былъ доказанъ *). Мы сейчасъ увидимъ, въ чемъ заключается отводъ о попустительствѣ.

Предварительный уговоръ между сторонами, стачка между ними для того, чтобы добиться развода или судебнаго разлученія, приводитъ къ тому, что процессъ является шутовскимъ дѣломъ. Въ дѣлѣ герцогини Кингстонъ, производившемся въ палатѣ лордовъ, одинъ изъ судей высказалъ: Рѣшеніе, полученное обманомъ и стачкою, не есть рѣшеніе. Для того, чтобы состоялось рѣшеніе суда, долженъ быть на-лицо реальный интересъ, дѣйствительныя доказательства, дѣйствительное возраженіе. Въ дѣлѣ, производившемся по стачкѣ, нѣтъ ни одной изъ этихъ принадлежностей. Здѣсь нѣтъ судьи, ибо лицомъ, облеченнымъ знаками судейскаго званія, злоупотребляли, чтобы представить ему вымышленное дѣло. Здѣсь нѣтъ спорящихъ сторонъ, нѣтъ отвѣтчика, нѣтъ реальнаго интереса, вызывающаго споръ; говоря словами одного юриста, — это сказка, не судебное дѣло, это театральныя подмостки, не судилище **).

Такъ какъ и въ случаяхъ попустительства не существуетъ реальнаго интереса, изъ-за котораго могъ бы быть предъявленъ искъ, то отводъ о попустительствѣ устраняетъ предъявленный искъ о разводѣ или разлученіи. Въ случаяхъ попустительства, говоритъ лордъ Стоэль, дѣйствуетъ общее правило — volenti non fit injuria: ничьи права не нарушены и нечего возстановлять ***). Иначе говоря, фактъ считается совершившимся по винѣ противной стороны, и ей отказываютъ въ искѣ. Но что такое попустительство? На это отвѣчаетъ судья Лешингтонъ

*) Moorsome v. Moorsome (1793). Bishop, p. 274.
**) Bishop, p. 575—576.
***) Bishop, p. 259.

въ дѣлѣ Гаррисъ. Какая степень пренебреженія къ поведенію жены, кромѣ прямой передачи ея въ руки соблазнителя—сводничества, достаточна для того, чтобы отклонить искъ о разводѣ по прелюбодѣянію,—нигдѣ не изложено по крайней мѣрѣ съ такою ясностью и точностью, чтобы служить руководствомъ для суда... Мужъ можетъ ввести свою жену въ такое распущенное общество, предоставить ее такому большому риску, что уклоненіе отъ пути чести становится весьма вѣроятнымъ, если не необходимымъ послѣдствіемъ его образа дѣйствій. При такихъ обстоятельствахъ судъ признаетъ его виновнымъ въ последствіяхъ его образа дѣйствія, если прелюбодѣйная связь возникла въ этомъ обществѣ и была послѣдствіемъ тѣхъ соблазновъ, которымъ онъ предоставилъ свою жену *). Мужъ, подозрѣвающій жену въ интимной связи съ другими, можетъ слѣдить за нею и даже предоставить ей возможность повторить нарушеніе супружескихъ обязанностей, съ тѣмъ, чтобы получить доказательства ея виновности, но онъ не можетъ искушать ее. Въ томъ же смыслѣ высказывается лордъ Стоэль. Не всякаго рода пренебреженіе со стороны мужа лишаетъ его права прибѣгнуть къ судебной защитѣ, но одно дѣло допускать, другое дѣло приглашать. Онъ вправѣ дать возможность проявиться распущенности жены въ полной мѣрѣ, но содѣйствовать встрѣчамъ, приглашать любовника, затѣмъ убраться и дать ему возможность вести дѣло свободно, я думаю, что это равносильно проституированію **).

Если мужъ въ одномъ случаѣ адюльтера жены дѣйствовалъ въ качествѣ пособника или попустителя, то онъ не мо-

*) Harris v. Harris (1829). Bishop, p. 261.
**) Bishop, p. 263.

жетъ уже по поводу другого случая адюльтера съ тѣмъ же или другимъ лицомъ добиваться развода.

Тѣмъ не менѣе въ дѣлѣ Годжесъ, рѣшенномъ въ 1795 г., англійскій церковный судъ призналъ, что мужъ, допустившій прелюбодѣяніе черезъ пять лѣтъ послѣ того, какъ онъ разошелся съ женою, причемъ результатомъ адюльтера было рожденіе ребенка, записаннаго на имя законнаго мужа, не лишенъ права ходатайствовать о разводѣ при другомъ случаѣ адюльтера. Несмотря на этотъ прецедентъ, докторъ Лешингтонъ въ другомъ дѣлѣ предоставилъ женѣ доказывать фактъ попустительства при одинаковыхъ условіяхъ въ видѣ отвода противъ предъявленнаго мужемъ иска; причемъ онъ слѣдующимъ образомъ высказался относительно рѣшенія по дѣлу Годжесъ: Насколько мнѣ извѣстно, это единственное рѣшеніе, въ которомъ проводится подобная доктрина и хотя этотъ случай часто цитировался судьями, но никогда онъ не приводился въ подтвержденіе теоріи, что мужъ можетъ потворствовать адюльтеру жены съ однимъ и затѣмъ по случаю адюльтера съ другимъ лицомъ добиться развода. Такой доктринѣ, покоющейся на одномъ рѣшеніи, я не послѣдую, какъ бы ни была высока авторитетность судьи, рѣшившаго дѣло. Я не могу представить себѣ, чтобы человѣкъ, который такъ пренебрежительно отнесся къ своимъ обязанностямъ, установленнымъ нравственностью и религіей, который до того потерялъ чувство чести, что содѣйствовалъ адюльтеру своей жены съ однимъ лицомъ, чтобы этотъ человѣкъ пришелъ въ судъ какъ будто бы съ чистыми руками и добивался развода за послѣдующее поведеніе жены, когда онъ самъ былъ посаженымъ отцомъ ея виновности *).

*) Stone v. Stone (1844). Bishop, p. 264. Dixon, p. 182.

Германскій имперскій судъ признаетъ, согласно 719 ст. II ч. 1 тит. прусск. улож., попустительство лишь въ томъ случаѣ, когда безнравственный образъ дѣйствій одного супруга находится въ причинной связи съ поступкомъ другого супруга, изъ-за котораго первый яко бы невинный супругъ добивается развода *).

До сихъ поръ мы говорили о попустительствѣ со стороны мужа. Иначе относится англійскій судъ къ попустительству со стороны женъ. Въ дѣлѣ Киркуэль лордъ Стоэль, между прочимъ, высказалъ: Нѣтъ доказательства того, что поведеніе мужа возбудило подозрительность леди Киркуэль или что свѣдѣнія объ адюльтерѣ дошли до нея. Но даже допуская, что это было такъ, то хотя мужъ обязанъ собирать точныя свѣдѣнія о невѣрности своей жены и поблажка съ его стороны можетъ служить доказательствомъ противъ него, если онъ будетъ добиваться возстановленія своихъ правъ, эта доктрина только въ рѣдкихъ случаяхъ имѣетъ примѣненіе къ женѣ. Конечно, жена не можетъ быть оправдана, если она живетъ въ одномъ домѣ съ сожительницей мужа, покрываетъ своимъ именемъ его образъ дѣйствія, дѣлитъ съ нимъ оскверненное брачное ложе, но во всякомъ другомъ случаѣ, когда она питаетъ основательную надежду, что мужъ вернется къ ней, то терпимость ея, въ виду надежды на возвратъ добрыхъ отношеній, никогда не можетъ служить для нея препятствіемъ добиться законной защиты, если она наконецъ потеряла всякую надежду на возстановленіе добрыхъ отношеній **).

Изъ замѣчанія лорда Стоэля по дѣлу Киркуэль можно

---

*) Urteil IV Civilsenats 19 Sept. 1889. Hergenhahn, S. 57.

**) Bishop, p. 272.

уже видѣть, что продолжительная отсрочка въ предъявленіи иска со стороны мужа въ случаѣ, когда до него дошло свѣдѣніе о прелюбодѣяніи жены, сама по себѣ является доказательствомъ потворства. Въ этомъ именно смыслѣ лордъ Стоэль высказывается въ другомъ дѣлѣ, но вмѣстѣ съ тѣмъ указываетъ и на ограниченія, которымъ подлежитъ это правило. Человѣкъ можетъ быть нечувствителенъ къ своей чести и, сообразуясь съ испорченными нравами, господствующими въ обществѣ, не добиваться возстановленія своихъ правъ или считать фактъ невѣрности жены не стоющимъ преслѣдованія. И если такой человѣкъ послѣ продолжительной терпимости просыпается или вынужденъ очнуться подъ вліяніемъ ропота и негодованія общества, онъ пробуждается слишкомъ поздно. Онъ очевидно не дѣйствуетъ подъ вліяніемъ тѣхъ благородныхъ побужденій, на помощь которымъ охотно является законъ. Онъ настроенъ иначе. Этимъ я не хочу сказать, чтобы мужъ долженъ былъ броситься въ судъ по первому подозрѣнію; онъ можетъ ждать соотвѣтствующихъ доказательствъ, но онъ долженъ быть на стражѣ; онъ не долженъ ждать больше, чѣмъ нужно для того, чтобы добиться доказательствъ. Если онъ ведетъ себя иначе, то его летаргія можетъ оказаться роковою для всякаго его ходатайства. Каковы бы ни были мотивы запоздалости, но если доказана продолжительность дурнаго поведенія, о которомъ онъ зналъ и которое по закону и на основаніи презумпціи предполагается дошедшимъ до его свѣдѣнія, онъ не можетъ уже добиться рѣшенія дѣла въ его пользу *).

Зачатки этихъ правилъ о попустительствѣ, какъ и всего

*) Crewe v. Crewe (1800). Bishop, p. 272, 273. Dixon, p. 183.

бракоразводнаго права, находятся уже въ такъ называемомъ законѣ Іюлія объ адюльтерѣ, въ законѣ Θеодосія и въ 117 новеллѣ Юстиніана. Въ законѣ Іюлія вмѣстѣ съ адюльтеромъ жены карается сводничество мужа. Сводникомъ именуется тотъ, кто получилъ выгоду отъ адюльтера жены, ибо, сказано въ дигестахъ, это немаловажное преступленіе, если мужъ торговалъ своею женою. Тотъ признается получившимъ выгоду, кто получилъ что либо за адюльтеръ, совершенный его женою. Совершенно безразлично, получалъ ли онъ что либо одинъ или нѣсколько разъ. Ибо получившимъ выгоду признается тотъ, кто получилъ что либо за то, что онъ предоставляетъ своей женѣ совершить адюльтеръ. Но если онъ не ради корысти, а вслѣдствіе беззаботности, извѣстнаго рода терпимости или недовѣрчивости къ слухамъ даетъ женѣ возможность нарушать вѣрность, то онъ не подходитъ подъ дѣйствіе закона о сводничествѣ *). Мужъ подлежитъ однако карѣ за сводничество, если онъ не можетъ оправдать своего невѣдѣнія о дѣйствіяхъ своей жены или своей терпимости подъ предлогомъ недовѣрія. Мужъ, отпустившій застигнутаго въ его домѣ прелюбодѣя, не можетъ выставить такого оправданія. Кара за сводничество мотивируется тѣмъ, что мужъ долженъ воспылать гнѣвомъ противъ жены, запятнавшей чистоту брачнаго союза. Тотъ, кто оставляетъ у себя застигнутую при адюльтерѣ жену и отпускаетъ на всѣ четыре стороны прелюбодѣя, карается за сводничество **). Такимъ образомъ сводничествомъ въ римскомъ правѣ именуется не только пользованіе выгодами отъ адюльтера жены, но и прощеніе жены въ случаѣ, если фактъ

*) L. 29 § 3, 4. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

**) L. 29. D. de eodem. См. также l. 24 § 1.

достовѣрно извѣстенъ мужу. Въ кодексѣ уже возбужденъ вопросъ о соотношеніи между виною мужа и жены и рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что вина жены этимъ не ослабляется, т. е. мужъ, виновный въ сводничествѣ, не лишается этимъ права обвинять жену въ адюльтерѣ, хотя онъ и подлежитъ карѣ за свое дѣяніе *). Тѣмъ не менѣе сводничество со стороны мужа впослѣдствіи являлось отводомъ, устраняющимъ предъявленное имъ обвиненіе противъ жены въ прелюбодѣяніи. Это видно изъ закона Діоклетіана отъ 295 г., упраздняющаго силу и значеніе всякихъ другихъ отводовъ, кромѣ отводовъ о сводничествѣ со стороны мужа и о 5-лѣтнемъ давностномъ срокѣ со времени совершенія дѣянія **).

По закону Өеодосія, мужъ вправѣ отвергнуть жену, если она противъ его воли будетъ пировать съ посторонними мужчинами, если она проведетъ ночь, противъ его воли и безъ достаточнаго основанія, внѣ дома и, наконецъ, безъ вѣдома или воли мужа будетъ смотрѣть на игры въ циркѣ, театрѣ или амфитеатрѣ ***). 117 новелла Юстиніана, присоединяя къ этому списку основаній для отверженія жены мытье съ посторонними мужчинами, указываетъ также, что проведеніе ночи внѣ домѣ мужа, но въ домѣ родителей, не можетъ служить основаніемъ для расторженія брака.

Само собою разумѣется, что если это дѣлается по волѣ мужа или съ его вѣдома, то основаній развода не существуетъ, въ виду попустительства съ его стороны. Согласно той же новеллѣ Юстиніана, жена можетъ требовать развода, если

*) L. 8 § 3. Cod. de repud. 5, 17.

**) L. 2 § 2, 4, 5, 6. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

***) L. 28. Cod. ad leg. Jul. de adult. 9, 9.

мужъ сдѣлаетъ умыселъ противъ цѣломудрія жены и покусится предать ее для прелюбодѣянія другимъ, а также если онъ будетъ находиться въ томъ же домѣ съ другою женщиною въ такой связи *), и будучи въ томъ обличенъ разъ или два или родителями жены, или другими достовѣрными свидѣтелями, не прекратитъ своей преступной связи. Трудно преувеличить, говоритъ Фридлендеръ, деморализующее дѣйствіе публичныхъ зрѣлищъ въ то время. На сценѣ господствовала комедія полишинеля и мимы, полныя недвусмысленнаго сквернословія, а также мимическіе танцы. Въ представленіи скользкихъ предметовъ доходили до крайности, причемъ пускалось въ ходъ наиболѣе утонченное раздраженіе, чтобы возбудить нервы разслабленныхъ и пресытившихся. Фридлендеръ считаетъ поэтому вполнѣ основательнымъ мнѣніе, господствовавшее въ то время среди христіанъ, что женщина, которая отправилась въ театръ цѣломудренною, возвращалась оттуда нецѣломудренною **). Рядомъ съ зрѣлищами Тацитъ ставитъ пиршества. Иностранцы, посѣщавшіе Россію въ XVII в., съ изумленіемъ описываютъ господствовавшій здѣсь обычай совмѣстнаго мытья мужчинъ и женщинъ въ общественныхъ баняхъ ***). Но это изумленіе было совершенно неумѣстно, такъ какъ обычай совмѣстнаго мытья въ банѣ господствовалъ и въ Европѣ, если не въ XVII, то въ XV и въ XVI вѣкахъ. Цаппертъ сообщаетъ, что напримѣръ въ Базелѣ въ Швейцаріи въ большинствѣ бань мужчины и женщины, какъ изъ простонародья, такъ и изъ высшихъ слоевъ до 1431 г. купались совмѣстно,

*) Это основаніе указано уже въ законѣ Θеодосія. L. 8 § 1. Cod. de eod.

**) Friedländer. Sittengesch. Roms. I (1873). S. 470.

***) Соловьевъ. Ист. Россіи, т. XIII, гл. 1.

съ тѣмъ различіемъ, что люди низшихъ классовъ были совершенно обнажены, а люди высшихъ слоевъ одѣвали передники. Для раздѣванія имѣлась одна общая комната, и въ уставѣ для бань одного изъ нѣмецкихъ городовъ впервые въ 1550 г. предписано было, чтобы мужчины и женщины снимали рубашки лишь при входѣ въ ванну *). Насколько этотъ обычай соотвѣтствовалъ нравамъ того времени, видно и изъ того, что въ то время прислуга въ баняхъ была преимущественно женская. Только въ XVI в. впервые стали воспрещать женскую прислугу въ баняхъ **). Слѣды общепринятаго въ прежнія времена обычая совмѣстнаго мытья или купанія мужчинъ и женщинъ имѣются еще въ нашемъ уст. пред. и пре. прест. изд. 1890 г. Въ 157 ст. возбраняется мужчинамъ входить въ общую баню женскаго пола и наоборотъ, «когда въ ономъ другой полъ парится».

Наиболѣе близкими къ постановленіямъ Юстиніана относительно прелюбодѣянія и попустительства къ нему являются постановленія римско-католическаго каноническаго права. На немъ основано и положеніе, выраженное въ польскомъ положеніи о брачномъ союзѣ, по которому мужъ не имѣетъ права просить о разлученіи отъ жены за прелюбодѣяніе, если имъ самимъ она къ тому была побуждаема (ст. 65). На новеллѣ Юстиніана была основана и 230 ст. французскаго кодекса, въ прежней редакціи, по которой жена могла требовать развода за прелюбодѣянія мужа лишь въ томъ случаѣ, когда онъ держалъ сожительницу въ томъ же домѣ lorsque il aura tenu sa concubune dans la maison commune. Протестант-

*) Kriegk, S. 28–29.
**) Kriegk, S. 27–28.

ское брачное право и зиждущіяся на немъ законодательства признаютъ одобреніе адюльтера со стороны другаго супруга, а тѣмъ болѣе содѣйствіе этому факту, отводомъ, погашающимъ право иска, мотивируя это тѣмъ соображеніемъ, что принимавшій участіе въ правонарушеніи не долженъ извлекать изъ него никакихъ выгодъ для себя противъ соучастника *). Въ нашемъ уставѣ духовныхъ консисторій о пособничествѣ или попустительствѣ противной стороны какъ объ отводѣ, погашающемъ искъ о разводѣ, не упоминается, но по отношенію къ обвиненію въ прелюбодѣяніи въ уголовномъ судѣ, Н. А. Неклюдовъ выводитъ изъ 1585 ст. улож. о наказ. возможность возраженія о пособничествѣ **). По 1585 ст. прелюбодѣяніе карается по жалобѣ другаго супруга лишь въ виду того, что этимъ дѣяніемъ *оскорбляется честь* частнаго обвинителя. Сводничество не только свидѣтельствуетъ о невоспріимчивости другаго супруга къ такому оскорбленію и лишаетъ его права жалобы, но является по крайней мѣрѣ со стороны мужа преступленіемъ, караемымъ по 999 ст. улож.

Въ виду того, что прелюбодѣяніе подведено подъ оскорбленіе супружеской чести, т. е. подъ обвиненіе, которое можетъ быть оканчиваемо примиреніемъ, слѣдовало бы заключить, что и у насъ возможенъ отводъ, по которому обвиненіе устраняется прощеніемъ, состоявшимся до или послѣ предъявленія обвиненія. Но формальный характеръ примиренія по 157 ст. улож. не допускаетъ такого заключенія даже по отношенію къ обвиненію въ уголовномъ судѣ и тѣмъ менѣе оно допускается

*) Неклюдовъ. Руководство. I, стр. 385.

**) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs. IV. S. 586.

въ нашемъ консисторскомъ судѣ, разбирающемъ вопросъ о нарушеніи святости брака.

Прощеніе можетъ быть подразумѣваемое. Такъ, если невинный супругъ, зная о томъ, что другой нарушилъ супружескую вѣрность, продолжаетъ или возобновляетъ съ нимъ сожительство, то этимъ устанавливается презумпція о прощеніи. Но если свѣдѣнія, дошедшія до невиннаго супруга, недостаточны для того, чтобы онъ могъ принять какія-либо мѣры, то продолженіе сожительства влечетъ за собою отказъ въ искѣ. По 244 ст. Code civile, право иска о разводѣ погашается примиреніемъ, состоявшимся послѣ того, какъ событія, на которыя указано въ исковомъ прошеніи, совершились, или же послѣ предъявленія иска. О состоявшемся примиреніи судья дѣлаетъ умозаключеніе изъ обстоятельствъ дѣла. Но супружеское сожительство не устанавливаетъ, по рѣшенію французскихъ судовъ, презумпціи о примиреніи *).

Прощеніе, точно такъ же, какъ и попустительство, можетъ быть выведено изъ непредъявленія иска втеченіе продолжительнаго времени. При предъявленіи иска о разводѣ, вслѣдствіе адюльтера, говоритъ лордъ Стоэль, судъ прежде всего сопоставляетъ моментъ правонарушенія, если онъ своевременно дошелъ до свѣдѣнія истца, съ моментомъ предъявленія иска, ибо если интервалъ продолжительный, то судъ не расположенъ оказывать помощь сторонѣ, которая повидимому дремала съ большимъ комфортомъ, и онъ склоненъ вывести изъ этого факта заключеніе о неискренности жалобы, о предварительномъ согласіи на совершившійся фактъ или о прощеніи его. Требуется

*) Coulon. Le divorce. III, p. 262, 263.

поэтому полное и обстоятельное разъясненіе просрочки съ тѣмъ, чтобы сдѣлать невозможнымъ подобныя толкованія *).

Въ дѣлѣ Боултингъ выяснилось, что бракъ состоялся въ 1833 году. Начиная съ 1835 г., мужъ и жена жили отдѣльно на основаніи договора, по которому мужъ давалъ женѣ на содержаніе. Около 1842 г. мужъ сошелся съ другой женщиной, о чемъ женѣ стало извѣстно въ 1843 году, и сожительство это продолжалось до предъявленія иска о судебномъ разлученіи въ 1863 г. Лордъ Пензенсъ, разсматривая этотъ случай, говоритъ: Судъ тщетно ищетъ основательной причины, по которой жена внезапно стала смотрѣть на поведеніе мужа иначе, чѣмъ въ прежніе годы. Мужъ не имѣлъ съ ней никакихъ сношеній, не измѣнилъ своего поведенія по отношенію къ ней, ни своего образа жизни. Чего добивается жена — отдѣльнаго отъ мужа жительства? Она его имѣетъ. Можетъ быть, она требуетъ содержанія? Но она его получаетъ на условіяхъ, ею же выговоренныхъ. Судъ не можетъ вѣрить добросовѣстности такого иска и долженъ воздержаться отъ удовлетворенія требованія г-жи Боултингъ, основаннаго на связи, по отношенію къ которой она втеченіе многихъ лѣтъ дремала съ достаточнымъ комфортомъ **).

Слѣдуетъ замѣтить, что и по отношенію къ отводу о прощеніи жена занимаетъ болѣе льготное положеніе сравнительно съ мужемъ.

Въ противоположность попустительству, прощеніе, данное

---

*) Motrimer v. Motrimer (1820). Bishop, p. 328. Brovning, p. 161. Dixon, p. 90.

**) Boulting v. Boulting (1864). Browning, p. 161 — 162. Dixon, p. 181.

по поводу одного случая адюльтера, не распространяется на другіе случаи. Въ дѣлѣ Дюранъ деканъ архіепископскаго суда сэръ Николь выставилъ по поводу смысла и значенія прощенія слѣдующее положеніе. Прощеніе сопровождается подразумѣваемымъ условіемъ, что правонарушеніе не будетъ повторено. Въ случаѣ же если правонарушеніе повторено, прощеніе теряетъ силу и прежнее правонарушеніе оживаетъ. Результатомъ такого оживанія прежняго нравонарушенія является то, что для удовлетворенія требованія о разводѣ по новому поводу достаточно сравнительно болѣе слабаго нарушенія супружескихъ обязанностей, т. е. прежній адюльтеръ принимается въ разсчетъ при ходатайствѣ о разлученіи по поводу жестокаго обращенія *). Докторъ Лешингтонъ подтвердилъ это положеніе. Я признаю, говоритъ онъ, положеніе, выставленное ученымъ судьею и заключающееся въ томъ, что обращеніе можетъ быть менѣе жестокимъ по степени и менѣе осязательно доказаннымъ послѣ прощеннаго адюльтера, чѣмъ когда оно является первоначальнымъ поводомъ для предъявленія иска. На мой взглядъ этотъ принципъ вполнѣ соотвѣтствуетъ здравому смыслу, и я подписываюсь подъ нимъ не только въ виду того, что онъ установленъ высшимъ судомъ, но и потому, что я чувствую, что онъ внушенъ требованіями правосудія **).

Прощеніе, какъ отводъ о погашеніи права иска, имѣется и въ польскомъ положеніи для лицъ римско-католическаго исповѣданія о брачномъ союзѣ и въ уставѣ иностранныхъ исповѣданій для лицъ лютеранскаго исповѣданія. По 63 ст. польскаго положенія, не допускается просьба о разлученіи за

*) Durant v. Durant (1825). Bishop, p. 294. Dixon, p. 196.
**) Bramwell v. Bramwell (1831) Bishop, p. 296. Dixon, p. 190.

прелюбодѣяніе, если найдено будетъ, что нарушеніе супружеской вѣрности сглажено прощеніемъ. Въ уставѣ иностранныхъ исповѣданій указаны нѣкоторые изъ тѣхъ фактовъ, изъ которыхъ можно сдѣлать выводъ о прощеніи. «Когда, въ случаѣ нарушенія супружеской вѣрности», говорится въ 254 ст., «оскорбленная сторона простила другой виновной противъ нея сторонѣ, или, извѣстясь о ея преступленіи, добровольно оставалась съ нею въ супружескомъ сожитіи, то симъ она потеряла право требовать развода по сей причинѣ».

Какъ уже указано выше, подъ сводничествомъ въ римскомъ правѣ разумѣется и прощеніе. Въ кодексѣ имѣется и спеціальное постановленіе о случаяхъ предполагаемаго прощенія, которое впрочемъ впослѣдствіи было отмѣнено *). Къ Папиніану обратились съ слѣдующимъ вопросомъ. Когда я имѣлъ намѣреніе обвинить въ прелюбодѣяніи жену, которая по совершеніи его продолжала оставаться въ томъ же бракѣ, то мое желаніе было отклонено. Я спрашиваю, правильно ли это? Папиніанъ далъ такое заключеніе: тебѣ должно бы быть извѣстно, что до тѣхъ поръ, пока продолжается бракъ, въ которомъ адюльтеръ совершенъ, жена не можетъ быть обвиняема въ адюльтерѣ. Такое же значеніе имѣетъ принятіе мужемъ вновь отвергнутой имъ жены. Если, сказано въ дигестахъ, жена отвергнута мужемъ, но черезъ нѣкоторое время вновь принята имъ, то въ виду того, что первый бракъ какъ будто прекращенъ, и начинается новый брачный союзъ, можетъ ли мужъ обвинять жену за преступленіе, совершенное въ первомъ бракѣ. То же правило, сказано въ дигестахъ, соблюдается и по отношенію къ обвиненію мужемъ въ добрачной связи жен-

*) L. 11, 28 Cod. ad. leg. Jul. 9, 9.

щины, съ которой онъ вступилъ въ бракъ; ибо онъ слишкомъ поздно жалуется на нравственное поведеніе женщины, которое онъ одобрилъ, взявъ ее въ жены *).

Въ польскомъ положеніи о союзѣ брачномъ, какъ и въ уст. иностр. исповѣд., имѣется еще одинъ отводъ противъ иска о разлученіи или о разводѣ. Не допускается по 63 ст. просьба о разлученіи, если обвиняющая сторона сама виновна въ нарушеніи супружеской вѣрности. Этотъ институтъ компенсаціи, зачета дѣянія одной стороны дѣяніями другой стороны, оправдывается лордомъ Стоэлемъ слѣдующимъ образомъ: Было бы жестоко, если бы человѣкъ, нарушившій брачный договоръ, могъ жаловаться на нарушеніе его другою стороною; если бы онъ могъ обвинять въ правонарушеніи, въ которомъ онъ самъ не менѣе виновенъ. Недопустимо, чтобы тотъ, кто, являясь хранителемъ чистоты семейнаго очага, превратилъ его въ домъ терпимости, имѣлъ бы право жаловаться на оскверненіе брачнаго ложа, иниціаторомъ котораго онъ является. Стороны могутъ продолжать жить совмѣстно и находить источникъ взаимнаго снисхожденія въ ихъ взаимной винѣ **). Такія стороны, какъ выразился одинъ американскій судья, вполнѣ подходящіе компаньоны другъ для друга.

Разсужденія лорда Стоэля напоминаютъ разсужденія, имѣющіяся въ дигестахъ, откуда они отчасти заимствованы, но римскіе юристы, какъ мы уже знаемъ, не устанавливаютъ теоріи компенсаціи дурнаго поведенія жены дурнымъ поведеніемъ мужа. При изслѣдованіи факта прелюбодѣянія, сказано

---

*) L. 11 § 10, 13 § 9, 10 D. ad legem Jul. de adult. 48, 5. Sero enim accusat mores, quos uxorem ducendo probavit.

**) Beeby v. Beeby (1799). Bishop, p. 310. Dixon, p. 195.

въ дигестахъ, судья долженъ обратить вниманіе и на то, показывалъ ли супругъ, живя самъ нравственно, добрый примѣръ своей женѣ. Ибо кажется крайне несправедливымъ, чтобы мужъ имѣлъ право требовать отъ жены вполнѣ добропорядочнаго поведенія, не будучи обязаннымъ самому выполнять эти требованія. Это обстоятельство можетъ повлечь за собою осужденіе и мужа, но никоимъ образомъ не можетъ служить къ устраненію обоюднаго преступленія *).

Компенсація и притомъ не только однороднымъ дѣяніемъ, т. е. прелюбодѣяніемъ, но и жестокимъ обращеніемъ и произвольнымъ оставленіемъ признано въ Англіи отводомъ, погашающимъ искъ и 31 ст. акта 1857 г. (Matrimonial Causes Act. 20, 21 Vict.). До изданія закона 1857 г. церковный судъ, руководствуясь прецедентами, не признавалъ ни жестокаго обращенія, ни оставленія жены мужемъ отводомъ противъ иска мужа о разлученіи вслѣдствіе адюльтера жены, совершеннаго ею въ это время. Въ дѣлѣ Чемберсъ лордъ Стоэль высказалъ: жена имѣетъ право сказать—вы не можете добиваться приговора противъ меня изъ-за совершеннаго адюльтера, если вы сами виновны въ томъ же дѣяніи. Такимъ образомъ ученіе о компенсаціи можетъ имѣть примѣненіе лишь къ такому случаю, когда обѣ стороны совершили другъ противъ друга одно и то же преступленіе, находятся in codem delicto, но обвиненіе въ жестокомъ обращеніи не есть пре-

*) L. 13, § 5. D. ad. leg. Jul. de adult., 48, 5. Judex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit; periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutuis criminis inter utrosque communicare.

ступленіе того же рода. Если бы жена первая обратилась въ судъ съ искомъ о жестокомъ обращеніи, я не знаю, было ли бы обвиненіе ея въ адюльтерѣ препятствіемъ къ удовлетворенію ея иска, ибо тогда судъ руководствовался бы другими соображеніями. Судъ можетъ быть не считалъ бы себя вправѣ обязывать жену къ сожительству, которое можетъ оказаться опаснымъ для нея. Въ данномъ случаѣ мужъ первый обратился въ судъ съ искомъ объ адюльтерѣ, и я усвоиваю положеніе, которое считаю общепризнаннымъ, что жена не можетъ выставить жестокое обращеніе отводомъ противъ иска о разлученіи вслѣдствіе оскверненія брачнаго ложа *). Но уже другой судья д-ръ Лешингтонъ, признавъ правильность общаго положенія, выставленнаго лордомъ Стоэлемъ, замѣтилъ: Возможны случаи, когда жестокое обращеніе непосредственно привело къ адюльтеру. Къ такому случаю приведенныя разсужденія не относятся **). Законъ 1857 г. предоставилъ усмотрѣнію суда сообразно съ обстоятельствами каждаго даннаго дѣла допущеніе или недопущеніе отвода о жестокомъ обращеніи. Нельзя было, говоритъ лордъ Пензенсъ въ дѣлѣ Прокторъ, иначе трактовать этотъ предметъ. Формы, въ которыхъ можетъ выразиться дурное поведеніе жалующагося супруга, степень, продолжительность, причины и результаты могутъ быть столь разнообразны, что ихъ трудно точно опредѣлить и формулировать въ законодательномъ актѣ. Вотъ почему обязанность взвѣсить эти обстоятельства возложена на судъ. Но именно эти соображенія, которыя побудили законодателя ограничиться общими выраженіями, должны служить указані-

*) Chambers v. Chambers (1810). Dixon, p. 87. Bishop, p. 314.
**) Dillon v. Dillon (1841) Dixon, p. 88.

емъ для суда, что онъ не вправѣ руководствоваться въ этомъ отношеніи лишь прецедентами. Главною цѣлью законодателя, постановившаго это правило, было недопущеніе того, чтобы жена была сначала объектомъ пренебреженія и дурнаго обращенія, а затѣмъ жертвою противозаконныхъ дѣйствій мужа *).

По отношенію къ злонамѣренному оставленію до 1857 г. не существовало и сомнѣнія, что искъ объ адюльтерѣ не можетъ быть имъ устраненъ, т. е. что мужъ, бросившій жену, вправѣ однако обвинять ее въ измѣнѣ.

Но уже лордъ Стоэль въ одномъ случаѣ, гдѣ мужъ, требовавшій разлученія, по своему поведенію по отношенію къ женѣ заслуживалъ порицанія, выразился: Произнося приговоръ о разлученіи, я чувствую, что я закрываю глаза на непростительное пренебреженіе супружескими обязанностями со стороны мужа и что я вынужденъ постановить рѣшеніе, которое не будетъ споспѣшествовать господству мира и добрыхъ отношеній въ семьяхъ и содѣйствовать чистотѣ семейной жизни **). Въ томъ же духѣ высказался впослѣдствіи д-ръ Лешингтонъ, въ дѣлѣ Морганъ, въ которомъ мужъ, бросивъ жену, требовалъ разлученія вслѣдствіе совершеннаго ею потомъ адюльтера. Дѣвушка 19 лѣтъ, замѣчательная красавица, вступаетъ въ бракъ и вскорѣ оставляется мужемъ, я не скажу на произволъ судьбы, но на вѣрную гибель. Для жены вступленіе въ этотъ бракъ, сопровождавшійся фактическимъ разлученіемъ отъ мужа, безъ возможности добиться отъ него средствъ существованія, было глубокимъ несчастіемъ. Я не хочу осла-

---

*) Proctor v. Proctor (1865). Browning, p. 165—166.

**) Moorsom v. Moorsom (1793). Bishop, p. 317. Dixon, p. 187.

бить ея вины, но я не могу забыть положенія молодой замужней женщины, внезапно оставленной своимъ мужемъ. Для мужа, напротивъ, послѣдствіемъ вступленія въ этотъ бракъ были: нѣкоторые расходы на первыхъ порахъ, нѣкоторыя затрудненія, когда онъ задумалъ бросить жену, необходимость пребыванія въ теченіи нѣкотораго времени вдали отъ родины, въ Индіи, гдѣ жена не имѣла возможности слѣдить за его образомъ жизни и поведеніемъ, необходимость вести процессъ въ церковномъ судѣ, благодаря которому онъ, если выиграетъ дѣло, освободится отъ законнаго обязательства о содержаніи жены и можетъ быть потомъ добьется рѣшенія законодательнымъ порядкомъ (въ палатѣ лордовъ) о разводѣ. Нельзя ни на одну минуту сомнѣваться въ томъ, что подобный результатъ не можетъ не дѣйствовать растлѣвающимъ образомъ на общественную нравственность *).

Подъ вліяніемъ подобныхъ соображеній, палата лордовъ и до 1857 г. отказывала въ разводѣ, если поведеніе жены было послѣдствіемъ того, что мужъ ее бросилъ, хотя и состоялось уже постановленіе церковнаго суда о разлученіи **). Даже въ дѣлѣ королевы Каролины, которое производилось не въ обыкновенномъ порядкѣ судопроизводства, возникъ вопросъ о компенсаціи (recrimination) дѣяній королевы дѣяніями короля Георга IV, который въ сущности имѣлъ рѣшающее вліяніе на судьбу процесса. Въ 1820 г. въ палату лордовъ внесенъ былъ билль о признаніи брака короля расторгнутымъ въ виду того, что королева Каролина, во время пребыванія заграницей, обращалась съ неприличною фамильярностью съ итальянцемъ

*) Morgan v. Morgan. Bishop, p. 318

**) Bishop, p. 321 и прим.

Бергами, состоявшимъ въ ея свитѣ и находилась съ нимъ въ сношеніяхъ, свидѣтельствующихъ объ адюльтерѣ. До разсмотрѣнія дѣла адвокатъ королевы, Денманъ, заявилъ: представьте себѣ молодую женщину, прибывающую изъ чужой страны съ видами на блестящее положеніе, ни съ чѣмъ не сравнимое; представьте себѣ далѣе, что вмѣсто того, чтобы встрѣтить любящаго жениха, она находитъ человѣка, чуждающагося ея: даже брачное торжество не препятствуетъ тому, чтобы онъ былъ окруженъ любовницами; рожденіе ребенка—вмѣсто того, чтобы быть залогомъ взаимнаго уваженія,—вызываетъ болѣе тяжкія оскорбленія и сопровождается изгнаніемъ изъ подъ крова мужа. Представьте себѣ случай, подобный настоящему, гдѣ мужъ оказался совершенно равнодушнымъ къ чести и благополучію жены, гдѣ онъ отказался отъ исполненія обязанностей, дающихъ ему право считать себя мужемъ,—развѣ судьи хоть на одну минуту согласились бы принять къ разсмотрѣнію такое дѣло. Конечно, нѣтъ; онъ былъ бы вынужденъ удалиться изъ суда. Если невоздержаніемъ, недружелюбіемъ, грубостью жена изгнана изъ дома мужа и затѣмъ противъ нея предъявлено обвиненіе въ адюльтерѣ, то отказаться отъ изслѣдованія поведенія мужа значило бы дать ему возможность воспользоваться выгодами дурнаго образа дѣйствія. Зачетъ дѣйствій жены дѣяніями мужа есть одно изъ существенныхъ правъ супружеской жизни, если не считать, что правила морали существуютъ только для лицъ, занимающихъ низшее положеніе и не существуютъ для лицъ, занимающихъ высшее положеніе,—если не считать, что законы должны быть устранены въ интересахъ сильныхъ міра сего. Въ этомъ же духѣ высказался другой адвокатъ королевы, Брумъ. Неужели,—сказалъ онъ,—мы въ нынѣшнемъ вѣкѣ дошли до высшей степени общественной ще-

петильности, что мы боимся называть вещи ихъ собственнымъ именемъ и тѣмъ не менѣе ни на минуту не задумываемся карать специальными законами дѣянія, совершенныя слабымъ поломъ, оставляя безъ вниманія однородныя дѣянія, совершенныя сильнымъ поломъ. Неужели мы въ самомъ дѣлѣ достигли такой ступени развитія? Въ заключеніе своей рѣчи Брумъ указываетъ, что какъ бы ни относились судьи къ этому дѣлу, народъ несомнѣнно скажетъ: вотъ мужъ, который желаетъ избавиться отъ своей жены; онъ болтаетъ о чести и благополучіи страны, но наиболѣе дорогіе для страны интересы: миръ, нравственность, благополучіе жертвуются для удовлетворенія его вожделѣній *).

Несмотря однако на отводъ, палата лордовъ приступила къ допросу свидѣтелей какъ обвиненія, такъ и защиты. Оказалось, что изъ цѣлаго ряда фактовъ, приведенныхъ въ доказательство адюльтера, остался неопровергнутымъ одинъ только фактъ, а именно, что во время плаванія на кораблѣ Бергами оставался по ночамъ одинъ на одинъ съ королевой въ палаткѣ, устроенной для нея. На этомъ основаніи палата лордовъ признала обвиненіе доказаннымъ, но постановленіе о расторженіи брака прошло только незначительнымъ большинствомъ голосовъ. Въ виду этого, а также вслѣдствіе опасенія, что въ палатѣ общинъ билль будетъ отклоненъ благодаря отводу о компенсаціи, министерство отказалось отъ намѣренія дать этому биллю дальнѣйшее движеніе **).

Указанная выше практика палаты лордовъ до 1857 г. о недопущеніи развода въ случаѣ, если супругъ, добивающійся

---

*) Browne. State Trials. II (1882), p. 390, 391, 463—464.

**) Browne, II. p. 425.

его, въ свою очередь совершилъ какія либо прегрѣшенія, или о зачетѣ кривды, учиненной женою, кривдой, учиненной мужемъ, и наоборотъ, легла въ основу постановленій закона 1857 г. Любопытно примѣненіе этого принципа въ слѣдующемъ дѣлѣ. Истецъ женился на дѣвушкѣ дурнаго поведенія, съ которой онъ жилъ еще до брака. Вскорѣ послѣ брака онъ бросилъ ее, оставивъ въ меблированныхъ комнатахъ, гдѣ она совершила адюльтеръ съ однимъ изъ жильцовъ. Оставленіе ея мужемъ произошло безъ всякой вины съ ея стороны. Судъ отказалъ мужу въ искѣ о разводѣ, и лордъ Пензенсъ слѣдующимъ образомъ мотивировалъ рѣшеніе: Высказывалось по временамъ, что если мужчина вступаетъ въ бракъ съ женщиною дурнаго поведенія, онъ не можетъ впослѣдствіи освободиться отъ нея изъ за ея развратнаго поведенія. Каковъ бы ни былъ образъ жизни женщины до брака, она вступленіемъ въ бракъ обязывается не расточать своихъ ласкъ на сторонѣ, и если она нарушаетъ обязательства, связанныя съ супружеской жизнью, мужъ ея вправѣ требовать расторженія брака. Но съ другой стороны мужъ всегда обязанъ предоставлять женѣ покровительство и защиту, связанныя съ пребываніемъ въ его домѣ и его обществѣ и не менѣе конечно обязанъ это дѣлать въ томъ случаѣ, когда жена, благодаря предшествовавшему образу жизни, особенно воспріимчива къ соблазну. Мужъ не вправѣ, выгоняя жену безъ всякаго основанія, требовать потомъ развода изъ за дурнаго поведенія, вызваннаго его отношеніемъ къ ней *).

Ни бельгійская, ни французская практика не допускаютъ

*) Baylis v. Baylis (1867). Browning, p. 174—175. Dixon, p. 214.

этого отвода *). Допустимость его сильно оспаривается и въ Германіи, хотя онъ допускается, и притомъ въ томъ же видѣ, какъ въ англійскомъ статутѣ, саксонскимъ кодексомъ (ст. 1722, 1730). По прусскому кодексу такой отводъ противъ иска о разводѣ можетъ быть предъявленъ мужемъ, но не наоборотъ **). Вопреки мнѣнію канонистовъ, что законъ оказываетъ помощь лишь тому, кто ему повинуется, и что судъ не вмѣшивается, если обѣ стороны виноваты, дѣяніе жены вмѣняется ей по прусскому кодексу въ вину и служитъ основаніемъ развода, какъ бы ни былъ порочень въ этомъ отношеніи мужъ.

Проектъ германскаго уложенія отвергаетъ этотъ отводъ по примѣру нѣкоторыхъ новѣйшихъ законодательствъ той же Германіи. По мнѣнію Н. А. Неклюдова, отводъ этотъ допустимъ и въ нашемъ уголовномъ судѣ, на основаніи той же 1585 ст. ул. о нак., т. е. о взаимности обидъ.

Къ теоріи компенсаціи адюльтера адюльтеромъ нельзя не примѣнить замѣчанія англійскаго судьи Крессуэля по поводу ходатайства жены въ одномъ дѣлѣ о возстановленіи брачнаго сожительства. Эта просьба допустима лишь въ томъ случаѣ, если истецъ не подалъ повода къ раздѣльной жизни. Въ данномъ дѣлѣ оба оказались виновными въ адюльтерѣ, и адвокатъ жены настаивалъ на томъ, что paria crimina compensatione mutua delentur. Странное вычитаніе, отвѣтилъ лордъ Крессуэль, преступленіе вычитывается изъ преступленія и ничего не остается, кромѣ невинности ***).

---

*) Coulon, III. p. 5, 6.

**) Pr. Landr. B. II. Tit. 1. § 670, 671.

***) Hope v. Hope (1858). Browning p., 222.

ГЛАВА V.

Двоеженство.

Шопенгауеръ о полигаміи.—Бигамія у шведовъ и франковъ въ средніе вѣка.—Наказаніе за бигамію.—Бигамія какъ причина развода.—Она существуетъ въ тѣхъ случаяхъ когда оба брака дѣйствительны.—Рѣшеніе уголовнаго кассаціоннаго департамента по дѣлу Гринфельда.—Положеніе, устанавливаемое этимъ рѣшеніемъ.—Оно противорѣчитъ законамъ о дѣйствительности брака лицъ православнаго исповѣданія.—Взглядъ англійскаго суда на формы совершенія брака.—Дѣло Моллиса.—Квази-бигамія въ Америкѣ.—Дѣло Бофремонъ-Бибеско.

Полигамію, говоритъ Шопенгауеръ, надо принять какъ существующій фактъ. Объ этомъ нечего спорить, и задача заключается лишь въ томъ, чтобы регулировать ее. Гдѣ обрѣтаются, продолжаетъ онъ, дѣйствительные моногамисты? Всѣ мы живемъ, по крайней мѣрѣ втеченіи извѣстнаго времени, а въ большинствѣ случаевъ постоянно въ состояніи полигаміи. Такъ какъ слѣдовательно всякій мужчина нуждается во многихъ женщинахъ, то нѣтъ ничего болѣе справедливаго, какъ предоставить ему или, вѣрнѣе, возложить на него обязанность

доставлять средства содержанія многимъ женщинамъ *). То, что Шопенгауеръ высказываетъ здѣсь въ видѣ благочестиваго желанія, декретировалось на земскомъ соборѣ въ Аугсбургѣ, 14 февраля 1650 г., послѣ 30-лѣтней войны, обезлюдившей Германію. «Отнынѣ дозволено всякому мужчинѣ имѣть двухъ женъ; при этомъ слѣдуетъ напоминать каждому мужчинѣ и съ церковной каѳедры увѣщевать, чтобы онъ, какъ честный человѣкъ, не только озаботился ихъ прокормленіемъ по мѣрѣ возможности, но и устраненіемъ несогласія между ними».

Давно уже указано на то, что похвалы, расточаемыя Тацитомъ древнимъ германцамъ за то, что они будто бы довольствуются одною женою **), что у нихъ, за рѣдкими исключеніями, нѣтъ полигаміи, должны быть приняты cum grano salis. Адамъ Бременскій разсказываетъ, что шведы во всемъ знали мѣру, но только не въ количествѣ женъ: каждый бралъ по состоянію своему двѣ, три и больше женъ, а состоятельные люди и князья безъ счета ***). У франковъ полигамія также была обычнымъ явленіемъ. Жена короля Клотара I, Ингунда, проситъ короля найти достойнаго мужа для ея сестры Арегунды, и онъ не нашелъ ничего лучшаго, какъ предложить себя, на что жена отвѣчаетъ: Да будетъ то, что угодно моему господину, лишь бы я, раба его, не потеряла его благоволенія. И Клотаръ дѣйствительно взялъ сестру себѣ въ жены. Карибертъ I и Гильперикъ имѣли нѣсколько женъ,—пользовавшійся доброй славой среди духовенства за благочестіе Дагобертъ I имѣлъ трехъ женъ и безчисленное количество

*) Parerga und Paralipamena. 2 Aufl. II, S. 659.
**) Tacit. Germ. c. 18, 19.
***) Weinhold, II. S. 13.

наложницъ, Пеппинъ II двухъ женъ *). Самъ Карлъ Великій имѣлъ двухъ женъ и нѣсколько наложницъ **). Конкубинатъ былъ обычнымъ явленіемъ среди состоятельныхъ людей втеченіе среднихъ вѣковъ во Франціи, Италіи, Испаніи и Германіи. Хотя дѣти наложницъ не пользовались правомъ законнаго наслѣдованія, тѣмъ не менѣе законная жена и ея дѣти признавали дѣтей наложницъ принадлежащими къ составу семей. Ихъ называли побочными дѣтьми. Лица не только высшихъ сословій, но и средняго класса не скрывали связей съ конкубинами, и во многихъ завѣщаніяхъ дѣти конкубинъ назначаются наслѣдниками по завѣщанію. Городской врачъ города Франкфурта Сассенгузенъ назначаетъ въ своемъ завѣщаніи, составленномъ въ 1436 г., своими наслѣдниками свою служанку Катерину, рожденную съ нею дочь и другихъ дѣтей, которыя могутъ еще родиться отъ нея, а также своего сына и дочь, рожденныхъ отъ другой служанки ***).

Тѣмъ не менѣе бигамія уже въ римскомъ правѣ подвергалась наказанію ****). Мало того, даже у германскихъ народовъ въ началѣ среднихъ вѣковъ встрѣчаются постановленія, строго карающія за двоеженство. По законамъ Гларуса, голову виновника преступленія слѣдуетъ разрубить на двѣ части, каждой женѣ по одной *****). Каролина признаетъ бигамію особо наказуемымъ прелюбодѣяніемъ ******). Этою традиціею вѣроятно

*) Greg. Tur. IV, 3, 26, 28. Weinhold, II. S. 15. Lecky, II p. 343.

**) Eginhardus. Vita Kar. Mag., 18. Lecky, II p. 343.

***) Weinhold, II. S. 17. Kriegk. Bürgerthum. S. 277—279. Gans. Erbrecht. II. S. 326. Schaeffner. Gesch. d. Rechtsverf. Frankr. III. (1859) S. 186.

****) L. 18. Cod. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. Nov. 117 и др.

*****) См. Бернеръ II, стр. 177.

******) С. С. С. 121. Бернеръ, ibid.

объясняется то обстоятельство, что еще въ настоящее время въ Англіи бигамія является основаніемъ развода лишь въ томъ случаѣ, если за обрядомъ вступленія въ бракъ послѣдовало фактическое сожительство со второй женой, т. е. bigamy with adultery *). По 1728 ст. саксонскаго кодекса вступленіе во второй бракъ приравнивается къ прелюбодѣянію, но въ мотивахъ къ этой статьѣ прямо указывается, что бигамія сама по себѣ является основаніемъ развода, независимо отъ того, произошло ли фактическое сожительство **). Точно также и 1441 ст. проекта германскаго гражданскаго кодекса признаетъ бигамію основаніемъ развода и притомъ именно въ виду такихъ возможныхъ случаевъ, когда фактическое сожительство не можетъ быть доказано ***).

41 ст. т. X ч. I предоставляетъ первой женѣ, въ случаѣ, если она не пожелаетъ быть въ бракѣ съ лицомъ, вступившимъ въ бракъ съ другой, просить о дозволеніи вступить въ новое супружество. Независимо отъ указанныхъ послѣдствій двоеженства, наступающихъ лишь по требованію первой жены, двоеженство влечетъ за собою для лицъ, принадлежащихъ къ одному изъ христіанскихъ исповѣданій, согласно 1554 ст. ул. о нак., лишеніе всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и ссылку на житье и даже лишеніе всѣхъ правъ и ссылку на поселеніе въ Сибирь, если лицо, обязанное прежнимъ супружествомъ, скрыло это обстоятельство для вступленія въ новый бракъ и объявляло себя свободнымъ.

О двоеженствѣ можно говорить лишь въ томъ случаѣ,

*) Divorce Act. 27. Browning, p. 83.
**) Siebenhaar. Comment. III, S. 102.
***) Motive, IV. S. 584.

если второй бракъ, равно какъ и первый, могуть быть признаны по законамъ данной страны дѣйствительными. Это положеніе нѣсколько лѣтъ тому назадъ привело въ недоумѣніе нашъ уголовный кассаціонный департаментъ. Въ виду этого онъ счелъ нужнымъ и возможнымъ покончить съ нимъ и установить новое положеніе, что для признанія двоеженства вовсе не нужно, чтобы второй бракъ былъ дѣйствительнымъ, законно совершеннымъ бракомъ, тѣмъ болѣе, что такого случая и быть не можетъ. По законамъ гражданскимъ второй бракъ, именно потому, что онъ второй, недѣйствителенъ,—какимъ же образомъ онъ можетъ оказаться дѣйствительнымъ? Очевидно, что такого требованія для признанія двоеженства не только не существуетъ, но и существовать не могло.

Дѣло, по поводу котораго возникъ этотъ вопросъ, заключается въ слѣдующемъ: отставной рядовой Гринфельдъ, 6 іюня 1875 года, вступилъ въ бракъ, совершенный по еврейскому обряду, съ еврейкою Ривкою. Оказалось, что онъ, будучи еще кантонистомъ, принялъ православіе и въ 1859 г. вступилъ въ бракъ по обряду православной церкви съ крестьянкою Ксеніею. На вопросъ, поставленный судомъ, виновенъ-ли Гринфельдъ во вступленіи во второй бракъ при существованіи прежняго, присяжные отвѣтили утвердительно. Въ кассаціонной жалобѣ указано было на неправильность преданія Гринфельда суду за двоеженство, ибо второй бракъ можетъ разсматриваться лишь какъ незаконное сожитіе, не устанавливающее сожитія брачнаго, а слѣдовательно и двоеженства. При этомъ сдѣлана была ссылка на 7 п. 37 ст. т. X ч. 1, по которому брачныя сопряженія лицъ православнаго исповѣданія съ нехристіанами признаются недѣйствительными. Уголовный кассаціонный департаментъ оставилъ жалобу безъ по-

слѣдствій. Вотъ мотивы: «Положенная въ законахъ уголовныхъ отвѣтственность за двоебрачіе, очевидно, не можетъ быть поставлена въ зависимость отъ дѣйствительности втораго брака, заключеннаго лицомъ, обязаннымъ прежнимъ супружествомъ. Такое условіе не можетъ требоваться закономъ уже потому, что принятіе его было бы равносильно устраненію всякой отвѣтственности за двоебрачіе, такъ какъ въ силу законовъ гражданскихъ (ст. 37 т. X ч. 1) брачныя сопряженія лицъ, которыя обязаны уже другими законными супружескими союзами, не прекратившимися и законно не расторгнутыми, *вообще признаются незаконными и недѣйствительными.* Такимъ образомъ, брачный союзъ, заключенный лицами, изъ которыхъ одно или оба обязаны прежнимъ супружествомъ, съ точки зрѣнія гражданскихъ законовъ, всегда является недѣйствительнымъ и не влечетъ гражданскихъ послѣдствій, производимыхъ правильно заключеннымъ брачнымъ союзомъ. Обстоятельство это, однако, отнюдь не можетъ почитаться препятствіемъ къ уголовному преслѣдованію двоебрачія. Виновные въ этомъ преступленіи подвергаются строгой отвѣтственности предъ судомъ уголовнымъ за нарушеніе выраженнаго въ законѣ запрета вступать въ бракъ при существованіи прежняго, за явное неуваженіе, оказываемое подобнымъ дѣйствіемъ святости брака и предписаніямъ религіи и, наконецъ, за тотъ вредъ, который неизбѣжно причиняется лицу, вовлекаемому въ такой незаконный союзъ. Всѣ эти элементы, обусловливающіе уголовную отвѣтственность за двоебрачіе, безъ сомнѣнія, находятся въ наличности, коль скоро лицо, обязанное прежнимъ супружествомъ, заключаетъ новый брачный союзъ, по обряду одного изъ признанныхъ въ государствѣ вѣроисповѣданій, не допускающихъ многоженства. Ко-

нечно, по обнаруженіи такого незаконнаго поступка, подобный бракъ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ, но до наступленія этого момента ему придается значеніе правильно заключеннаго брачнаго союза, какъ лицомъ, въ него вовлеченнымъ, такъ и со стороны другихъ лицъ. Изъ сего слѣдуетъ, что для наличности состава предусматриваемаго въ 1554 ст. улож. о нак. преступленія вовсе нѣтъ надобности, чтобы бракъ, заключенный лицами, изъ которыхъ одно обязано прежнимъ супружествомъ, являлся въ силу гражданскихъ законовъ правильнымъ и былъ бы совершенъ по правиламъ того вѣроисповѣданія, по обряду коего подсудимый долженъ былъ вступить въ брачный союзъ, а вполнѣ достаточно, чтобы второй бракъ, въ который вступилъ подсудимый, представлялся съ внѣшней стороны правильнымъ, т. е. былъ бы заключенъ по обряду одного изъ признанныхъ въ государствѣ вѣроисповѣданій» *). Императрица Екатерина II, выслушавъ замѣчанія Сумарокова по поводу сочиненнаго ею Наказа, замѣтила: «Господинъ Сумароковъ хорошій поэтъ, но слишкомъ скоро думаетъ, чтобы быть хорошимъ законодавцемъ: онъ связи довольной въ мысляхъ не имѣетъ».

Если бы не «скорость въ мысляхъ», то уголовный кассаціонный департаментъ не упустилъ бы изъ виду самой существенной вещи, а именно, что вторые браки, которые признаются недѣйствительными по 37 ст. т. X ч. 1, признаются такими потому лишь, *что они вторые*, и если бы они были первыми, они были бы безусловно дѣйствительными; что напротивъ, бракъ Гринфельда, подходящій подъ 7 п. 37 ст., былъ бы признанъ недѣйствительнымъ, если бы онъ даже

* Рѣш. угол. кассац. департ. 1885 г. № 27.

былъ первымъ бракомъ. Тогда уголовному кассаціонному департаменту не было бы надобности противопоставлять внѣшне правильный бракъ внутренне правильному браку, тогда онъ не произвелъ бы того переворота въ нашихъ гражданскихъ законахъ о бракѣ, который онъ на самомъ дѣлѣ совершилъ, и притомъ безсознательно, не имѣя ни малѣйшаго желанія совершить такой подвигъ.

Всякій бракъ, совершенный по обряду одного изъ признанныхъ въ государствѣ вѣроисповѣданій, является правильно совершеннымъ бракомъ. Вотъ тезисъ, который слѣдуетъ извлечь изъ этого рѣшенія, если отбросить придуманное уголовнымъ кассаціоннымъ департаментомъ сената дѣленіе браковъ на внѣшне-правильные и внутренне-правильные.

Для того, чтобы оцѣнить по достоинству этотъ тезисъ, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее: браки лицъ православнаго исповѣданія съ нехристіанами признаются, согласно 7 п. 37 ст. т. X ч. 1, недѣйствительными даже въ томъ случаѣ, если эти браки совершены по правиламъ, предписаннымъ для лицъ православнаго исповѣданія, хотя при такомъ способѣ совершенія брака внѣшнія доказательства этого событія имѣются на-лицо. Если же бракъ совершенъ не по обрядамъ, предписаннымъ для лицъ, принадлежащихъ къ православному исповѣданію, то, очевидно, не существуетъ ни одного изъ тѣхъ доказательствъ, которыя требуются для подтвержденія факта: не только не имѣется приходскихъ книгъ, требуемыхъ 34 ст., и безъ которыхъ можно обойтись въ случаѣ неправильнаго составленія ихъ, не только не имѣется обыскныхъ книгъ, требуемыхъ 35 ст. и безъ которыхъ опять-таки можно обойтись въ крайнемъ случаѣ, но не могутъ быть представлены и требуемое 36 ст. показаніе причта, вѣнчав-

шаго бракъ, и свидѣтелей, присутствовавшихъ при совершеніи обряда вѣнчанія по правиламъ православной церкви, т. е. немыслимо доказательство того, что бракъ совершенъ духовнымъ лицомъ православной церкви. А въ этомъ вся суть. Если этихъ данныхъ нѣтъ и быть не можетъ, то, согласно только-что приведеннымъ статьямъ, не можетъ быть и рѣчи о существованіи брака лица православнаго исповѣданія, хотя бы онъ въ гражданскихъ документахъ именовался супругомъ того или другого лица. Подобно мольеровскому Сганарелю, который въ роли врача перемѣстилъ сердце съ лѣвой стороны тѣла на правую, уголовный кассаціонный департаментъ можетъ сказать: Nous avons changé tout cela. Но съ какою цѣлью это сдѣлано? Не для того, конечно, чтобы выставить новый принципъ, а исключительно для того, чтобы не кассировать обвинительнаго приговора надъ Гринфельдомъ, который заслуживаетъ кары.

Насколько соображеніе, которымъ руководствовался уголовный кассаціонный департаментъ сената, могло служить основаніемъ для такого рѣшенія, видно изъ слѣдующаго. Какъ европейскія законодательства, такъ и англійскіе суды послѣдовательно проводятъ по отношенію къ условіямъ дѣйствительности и законности брака принципъ—locus regit actum или lex loci—lex contractus, такъ что бракъ англичанъ, поселившихся въ какой-либо странѣ, признается дѣйствительнымъ, если онъ совершенъ по правиламъ, предписаннымъ въ этой странѣ, хотя бы онъ не былъ совершенъ по англійскимъ законамъ *). Дѣйствіе этого правила ограничивается въ одномъ только случаѣ, когда переселеніе совершено съ цѣлью

*) Bishop, p. 105.

обойти англійскіе законы относительно дѣйствительности брака. Такимъ образомъ, если въ странѣ, гдѣ англичане живутъ, для дѣйствительности брака не требуется участія духовнаго лица или гражданскаго чиновника, оглашенія и т. д., что требуется англійскими законами,—то такой бракъ тѣмъ не менѣе будетъ признанъ дѣйствительнымъ въ Англіи. Докторъ Лешингтонъ еще въ 1845 году высказалъ въ одномъ дѣлѣ, между прочимъ, слѣдующее: Если бы я признавалъ необходимымъ для дѣйствительности брака участіе духовнаго лица англиканской церкви, то я этимъ лишилъ бы много тысячъ англичанъ, вступившихъ въ бракъ въ колоніяхъ и Остъ-Индіи, гдѣ до послѣдняго времени не было англиканскихъ духовныхъ лицъ, права прибѣгать къ защитѣ консисторскаго суда въ случаяхъ жестокаго обращенія или прелюбодѣянія... Никакія дальнѣйшія изслѣдованія по этому вопросу не могутъ привести меня къ измѣненію моего мнѣнія, и я въ настоящемъ случаѣ, какъ и во всѣхъ другихъ однородныхъ случаяхъ, буду держаться того взгляда, что тамъ, гдѣ имѣется па лицо фактъ согласія двухъ лицъ стать мужемъ и женою, это совершенно достаточно для того, чтобы признать бракъ состоявшимся и дать мнѣ возможность, въ случаѣ надобности, постановить приговоръ о разлученіи *). Въ этомъ же смыслѣ высказался въ одномъ дѣлѣ лордъ Брумъ (Brougham). Сущность брака есть взаимное согласіе, и всюду, гдѣ согласіе выражено, существуетъ бракъ. Особыя формы брака, предписываемыя закономъ, являются лишь способами доказательства взаимнаго согласія. Согласіе признается доказаннымъ, если оно выражено въ формѣ признанной закономъ той мѣстности, въ которой

*) Catterall v. Catterall (1845). Bishop, p. 127.

стороны находились въ то время, когда оно дано ими другъ другу *).

И вотъ, въ той же Англіи произошелъ слѣдующій случай. Моллисъ, принадлежащій къ англиканскому вѣроисповѣданію, вступилъ въ Ирландіи въ бракъ съ женщиной, которая принадлежала или къ той же церкви, или къ одной изъ дисидентскихъ церквей. Вѣнчаніе было совершено духовнымъ лицомъ пресвитеріанской церкви, согласно съ обрядами этой церкви. Въ этомъ бракѣ Миллисъ прожилъ съ женою два года. Затѣмъ онъ при жизни жены вступилъ въ Англіи въ бракъ по обряду англиканской церкви. Его предали уголовному суду по обвиненію въ двоеженствѣ. Возбужденъ былъ вопросъ о томъ, можетъ-ли считаться первый бракъ дѣйствительнымъ. Въ палатѣ лордовъ, куда вопросъ восходилъ на разсмотрѣніе по апелляціи, голоса раздѣлились по ровну. Въ виду этого примѣнена была презумпція невинности—«semper praesumitus pro negante»—и обвиняемый былъ оправданъ **).

По рѣшеніямъ англійскихъ судовъ фактъ бигаміи долженъ быть доказанъ въ дѣлѣ о разводѣ; рѣшенія уголовнаго суда, по которому данное лицо обвинено въ двоеженствѣ, недостаточно, за исключеніемъ того случая, когда свидѣтели бигаміи живутъ въ столь отдаленныхъ мѣстахъ, что провѣрка ихъ показаній оказывается невозможной и приходится положиться на состоявшійся обвинительный приговоръ ***).

Въ большинствѣ американскихъ штатовъ бигамія является спеціальной причиной развода ****), т. е. формальное заключе-

*) Warrender v. Warrender (1836). Bishop, p. 112. Dixon, p. 8.
**) The Queen v. Millis. Bishop, p. 124—125.
***) March v. March (1858). Browning, p. 83. Dixon, p. 79.
****) Walker. Introd. to Amer. Law. 243.

ніе новаго брака даже безъ сожительства даетъ уже право на разводъ невинному супругу отъ перваго брака. Кромѣ бигаміи, бываютъ случаи quasi-бигаміи. Такъ, между прочимъ, въ штатѣ Сѣверной Каролины виновная сторона въ процессѣ о разводѣ лишается права на вступленіе въ новый бракъ *), а въ случаѣ вступленія въ бракъ подвергается наказаніямъ, налагаемымъ закономъ за двоеженство. Мѣстный судъ призналъ, что смыслъ этого закона тотъ, что виновная сторона остается въ томъ же положеніи, въ какомъ она была бы, если бы не было развода, т. е. первый бракъ признается существующимъ для нея. Но другіе штаты, въ которыхъ такихъ постановленій не существуетъ, и, между прочимъ, штатъ Тенесси, признаютъ фиктивную бигамію лишенною серьезнаго значенія. Такія постановленія, какъ постановленія, дѣйствующія въ Сѣверной Каролинѣ, представляютъ собою уголовное наказаніе, лишенное значенія и силы внѣ юрисдикціи той мѣстности, гдѣ оно наложено. Разводъ мужа есть разводъ жены, каковъ бы ни былъ на этотъ счетъ способъ выраженія закона, ибо жена столь же мало мыслима безъ мужа, какъ долина безъ примыкающаго къ ней холма. Женщина, хотя и подвергнутая карѣ, получившая разводъ, вправѣ во всякомъ другомъ штатѣ вступить въ бракъ, не подвергаясь отвѣтственности за бигамію. Вопросъ, подлежащій обсужденію суда въ штатѣ Тенесси, заключается не въ томъ, нарушила-ли она законы другого штата,—такого вопроса и быть не можетъ,— а въ томъ, нарушила-ли она законы штата Тенесси. Отвѣтъ долженъ быть отрицательный **).

*) Такое же постановленіе существуетъ и въ штатѣ Нью-Іоркъ (Abbott, p. 166).

**) Dyckson v. Dyckson. Bishop, p. 100—101, 536—8.

Эта точка зрѣнія можетъ служить руководящею нитью и для разрѣшенія вопроса, возникшаго въ дѣлѣ княгини Бофремонъ-Бибеско, надѣлавшемъ много шума и вызвавшемъ громадную литературу. Она была разлучена съ мужемъ княземъ Бофремонъ во Франціи, по винѣ послѣдняго (это было до изданія закона 1884 г. о разводѣ), переселилась затѣмъ въ Германію и даже натурализовалась въ Саксенъ-Альтенбургѣ, послѣ чего вступила въ Берлинѣ въ бракъ съ румынскимъ княземъ Бибеско. Вопросъ заключается въ томъ, должно-ли въ странѣ, недопускающей пожизненнаго разлученія, быть признано бигаміей вступленіе во второй бракъ лица, получившаго разлученіе? Съ этой точки зрѣнія только и могъ обсуждаться вопросъ, возбужденный французскими судами по жалобѣ мужа. На эту единственно правильную почву и ставитъ его Баръ *), т. е. обязана-ли Германія охранять отъ нарушенія законы Франціи, непризнаваемые законами Германіи? Не требовалось натурализаціи княгини Бофремонъ въ Германіи, чтобы отвѣтить отрицательно на поставленный вопросъ: Германія обязана охранять законы общежитія, признаваемые ею. Разлученная жена есть разведенная жена, и вступленіе ея во второй бракъ есть quasi-бигамія, которая не можетъ быть приравнена къ бигаміи. Международное общеніе существуетъ не для того, чтобы некультурныя, хотя бы въ извѣстномъ отношеніи, страны низводили культурныя страны до своего уровня, а наоборотъ. Культурныя страны не могутъ, конечно, навязывать своихъ институтовъ другимъ странамъ,— тѣмъ менѣе международное право можетъ требовать отъ нихъ усвоенія некультурныхъ институтовъ. Проф. Мартенсъ совер-

*) Bar. Intern. Privatr. I, S. 214.

шенно напрасно осложняетъ дѣло, по примѣру французскихъ юристовъ, вопросомъ о томъ, имѣла-ли княгиня Бофремонъ право натурализоваться въ Германіи безъ согласія перваго мужа, была-ли она дѣеспособна, будучи разлученной женою его. Онъ рѣшаетъ эти вопросы отрицательно, а потому признаетъ и бракъ съ княземъ Бибеско незаконнымъ *), т. е. бигаміей. Какъ я уже сказалъ, для Германіи суть въ томъ, что по ея законамъ пожизненное разлученіе есть разводъ, и уже во всякомъ случаѣ разлученная женщина не можетъ оставаться въ зависимости отъ мужа по отношенію къ дѣеспособности. Это признается и признавалось и въ Англіи, гдѣ къ институту разлученія не относятся отрицательно; и тамъ разлученная жена есть feme sole for all purposes et intents. Могла-ли Германія держаться болѣе строгихъ взглядовъ на разлученную женщину, чѣмъ Англія? Такія требованія ставятся во имя уваженія къ національному закону даннаго лица, чѣмъ будто бы слѣдуетъ руководиться въ однородныхъ случаяхъ. Для странъ, *находящихся въ международномъ общеніи*, имѣется на-готовѣ другой принципъ—обязательность законовъ постояннаго мѣстожительства, принципъ, который все въ большей и большей мѣрѣ требуетъ уваженія къ себѣ, ибо онъ наиболѣе пригоденъ къ устраненію столкновеній между культурными государствами.

---

*) Мартенсъ, II. стр. 310.

ГЛАВА VI.

Жестокое обращеніе.

Жестокое обращеніе съ женою стало преступленіемъ только въ новѣйшія времена.—Происхожденіе траура по мнѣнію Іеринга.—Сожиганіе и погребеніе женъ при смерти мужа.—Обмазываніе черною краскою.—Ношеніе черной одежды.—Пожизненный трауръ.—Траурный годъ.—Убиваніе женщинъ во время голода.—Право наказыванія женъ.—Русское обычное право признаетъ право мужа «учить» жену.—Рѣшенія волостныхъ судовъ.—Запряганіе женъ въ телѣгу.—Обращеніе съ женщинами въ Англіи.—Продажа женъ въ этой странѣ.—Продажа женъ въ Германіи и Россіи.—Побѣги женъ.—Подъ жестокимъ обращеніемъ разумѣются дѣйствія, опасныя для жизни или здоровья.—Подъ это понятіе подходятъ и угрозы, вызывающія опасеніе.—Субъективные мотивы не могутъ служить оправданіемъ насилія.

Въ противоположность адюльтеру жены, жестокое обращеніе мужей съ женами только въ новѣйшія времена признано уголовнымъ преступленіемъ, влекущимъ за собою наказаніе. Будучи добычею мужа при похищеніи, рабою его, она, разумѣется, менѣе всего могла разсчитывать на общественную защиту въ случаѣ истязаній, ранъ и вообще жестокаго обращенія. Женщины пріобрѣтаемыя посредствомъ похищенія, въ

сущности являются такою же принадлежностью мужчины, какъ его боевая лошадь, оружіе, рабы, добытые на войнѣ. Это единственная личная собственность, неотдѣлимая отъ него ни въ жизни, ни послѣ смерти. Вотъ почему жены вмѣстѣ съ лошадью и вооруженіемъ хоронятся вмѣстѣ съ трупомъ владѣльца. Убѣжденіе въ томъ, что эти предметы могутъ сослужить владѣльцу службу въ царствѣ тѣней, вызываютъ необходимость снабдить владѣльца этими благами.

Покойный Іерингъ посвятилъ значительную часть своего труда о «Цѣли въ правѣ» разъясненію существующихъ нравовъ и житейскихъ обычаевъ и, между прочимъ, остановился на обычаѣ ношенія во время траура чёрнаго сюртука или платья и черной шляпы. Объяснять этотъ обычай тѣмъ, что мрачное настроеніе выражается мрачнымъ цвѣтомъ платья, нельзя, по мнѣнію Іеринга, уже потому, что эти внѣшнія выраженія печали носятся не дома, а на улицѣ, обращены фронтомъ не къ носящимъ трауръ, а къ постороннимъ лицамъ. По мнѣнію Іеринга, цѣль этого обычая ясна. Траурное платье ограждаетъ носящаго трауръ отъ вторженія въ его міръ радости, веселья, шутокъ. Это—символическая просьба о пощадѣ для его огорченной души *). Хотя Іерингъ и увѣряетъ, что онъ впервые занялся изслѣдованіемъ такой области, которая еще не утилизирована наукой и что онъ въ этомъ отношеніи пришелъ къ результатамъ, которые должны имѣть болѣе плодотворное значеніе, чѣмъ всѣ его научныя работы **), онъ тѣмъ не менѣе мало знакомъ съ тѣмъ, что сдѣлано историками культуры, а въ особенности этнографами. Если обра-

*) Zweck im Recht. II, S. 316—319.
**) Zweck. II, гл. XII—XIII, 633—635.

титься къ этнографіи, то окажется, что черный цвѣтъ траурнаго платья, несомнѣнно, болѣе печальное явленіе, чѣмъ это кажется Іерингу, что это отраженіе тѣхъ костровъ, на которыхъ сожигались жены покойника, его рабы, любимыя имъ лошади и т. д.

Объ этомъ обычаѣ сохранились обильные слѣды въ сказаніяхъ древнихъ германцевъ. Брингильда, въ Эддѣ, приказываетъ, чтобы ее сожгли вмѣстѣ съ Зигурдомъ *). Въ Скандинавіи этотъ обычай существовалъ въ X вѣкѣ. Молодая Гунгильда отказалась вступить въ бракъ съ Гакономъ Ярломъ, такъ какъ онъ былъ старъ, и она опасалась, что ей не долго придется пожить, ибо по закону страны она должна послѣдовать за мужемъ въ могилу. Когда Вальгаутъ отправляется къ святому Олафу, онъ приказываетъ своей женѣ устроить тризну, когда она услышитъ о его смерти, и сжечь себя **).

Многочисленныя данныя о существованіи этого обычая у славянъ собраны и научно провѣрены покойнымъ Котляревскимъ. Св. Бонифацій въ письмѣ къ англійскому королю Этибальду сообщаетъ, что у вендовъ жены, по смерти мужей, добровольно лишаютъ себя жизни, чтобы быть сожженными на кострѣ вмѣстѣ съ усопшимъ ***). Хотя и византійскій императоръ Маврикій говоритъ о случаяхъ добровольнаго сожженія, но, повидимому, добровольность со стороны женъ вызывается неизбѣжностью этого факта.

Арабскій путешественникъ Ибнъ-Доста разсказываетъ о

*) Grimm. R. A. S. 451.

**) Weinhold. Deutsche Frauen. II, S. 10.

***) Котляревскій. О погребальныхъ обычаяхъ у славянъ. Москва (1868), стр. 46—48.

славянахъ: Когда кто изъ нихъ умретъ, они сожигаютъ трупъ его. Ихъ жены изрѣзываютъ ножами свои руки и лица. Если усопшій имѣлъ три жены, и одна, по ея увѣренію, особенно любила его, она приноситъ къ его тѣлу два шеста, укрѣпляетъ ихъ въ землѣ стоймя, потомъ кладетъ на концы ихъ перекладину, а въ срединѣ ея привязываетъ веревку; затѣмъ, стоя на скамьѣ, обвиваетъ одинъ конецъ веревки вокругъ своей шеи. Послѣ того, какъ она это исполнила, скамью принимаютъ изъ-подъ ногъ ея, и женщина виситъ, пока не задохнется и не умретъ. Трупъ ея бросаютъ въ огонь и сожигаютъ. Тотъ же Ибнъ-Доста разсказываетъ о руссахъ: «Когда между ними умретъ знатный, для него вырываютъ могилу въ видѣ просторной комнаты, кладутъ туда мертвеца, кладутъ туда также его одежду, золотые обручи, которые онъ носилъ, много яствъ, кружки съ напитками и другіе неодушевленные предметы и цѣнности. Жена, которую онъ любилъ, живою помѣщается въ погребальной комнатѣ; затѣмъ затворяютъ двери, и она тамъ умираетъ *).

Изъ многочисленныхъ извѣстій другихъ арабскихъ писателей объ этомъ предметѣ приведемъ еще разсказъ Массуди о погребеніи у славянъ и русскихъ: Когда кто-нибудь умираетъ, жена его сожигается живою вмѣстѣ съ нимъ. Жены пламенно желаютъ быть сожженными вмѣстѣ съ своими мужьями, чтобы вслѣдъ за ними войти въ рай **). По словамъ Титмара, у поляковъ еще при Мечиславѣ, до принятія имъ христіанства, существовалъ древній погребальный обычай сожженія; на гробѣ мужа предавалась смерти и его жена, чрезъ отсѣченіе головы ***).

*) Котляревскій, стр. 54—55.
**) Котляревскій, стр. 58.
***) Idem, стр. 90—91.

Какъ мы видѣли уже, вмѣсто сожиганія, употребляется и погребеніе женъ. О погребеніи предводителя въ Уртѣ, въ Африкѣ, путешественникъ Камеронъ разсказываетъ слѣдующее. Выкапывается громадная яма, въ которую укладываютъ живыхъ женъ его. На верхнемъ концѣ ямы кладутъ одну изъ женъ, упирающуюся въ землю руками и колѣнами и на ея спину усаживаютъ умершаго предводителя, причемъ онъ съ каждой стороны поддерживается одною изъ его женъ; вторая жена его (по времени) обыкновенно сидитъ у ногъ его. Затѣмъ могила засыпается и, такимъ образомъ, жены закапываются живыми, за исключеніемъ второй жены, которая пользуется привилегіей быть убитой до тѣхъ поръ, пока яма еще не засыпана. Туда же бросаются убитые рабы, кровью которыхъ поливаютъ могилу *).

Сожиганіе или погребеніе замѣнилось истязаніемъ, изувѣченіемъ или, какъ говорится въ житіи князя Константина Муромскаго, составленномъ въ XVI в., «кожекроеніемъ» и «лицедраніемъ» **). У квакеолтовъ и токалли въ сѣверо-западной Америкѣ путешественники нашли обычай, который представляетъ собою, повидимому, переходъ отъ сожиганія вдовъ къ «лицедранію». Вдова во время сожиганія трупа клала свою голову возлѣ него и ее вытаскивали изъ огня полуживою. Когда она приходила въ себя, она собирала остатки сожженнаго трупа и носила его съ собою въ теченіе трехъ лѣтъ ***).

Объ истязаніи себя вдовами послѣ смерти ихъ мужей су-

*) Cameron. Across Africa II, p. 95.

**) Котляревскій, стр. 126.

***) Tylor. Anfänge der Cultur. I (нѣм. перев.). S. 454. Waitz. Anthrop. III, S. 200.

ществуютъ обильныя данныя. Мы приведемъ только нѣкоторыя. Въ составленномъ въ 1859 г. описаніи вредныхъ обычаевъ, существовавшихъ у осетинъ, говорится: Съ давняго времени существуетъ обыкновеніе, что послѣ смерти покойника, во время похоронъ, жена умершаго бьетъ себя руками по лицу до изъязвленія, стрижетъ свои волосы и кладетъ вмѣстѣ съ тѣломъ умершаго въ могилу *). Въ этомъ описаніи не упоминается о другомъ, болѣе жестокомъ обычаѣ, существовавшемъ среди осетинъ, который является болѣе убѣдительнымъ доказательствомъ преемственной связи, существующей между истязаніями вдовъ и погребеніемъ женъ совмѣстно съ мужьями. Взамѣнъ погребенія коня вмѣстѣ съ умершимъ, его подводили къ могилѣ и отрѣзывали ему ухо. То же продѣлывали съ женою: ее водили вмѣстѣ съ конемъ три раза около могилы, и отрѣзанное ухо ея бросали вмѣстѣ съ ухомъ лошади въ могилу. Теперь,—говоритъ г. Дубровинъ,—уже не обрѣзываютъ ушей, и покойникъ довольствуется подстриженными у лошади волосами и вырванными клочками волосъ своей супруги **).

Наиболѣе характернымъ для нашей цѣли является разсказъ покойнаго Миклухи-Маклая о сценахъ, происходившихъ среди папуасовъ послѣ смерти одного изъ мѣстныхъ жителей. «Мимо насъ пробѣжала, крича и воя, пожилая женщина, *вся измазанная черной краской* (а можетъ быть просто углемъ). Обыкновенный, очень приличный костюмъ пожилыхъ женщинъ—два длинные, спереди и сзади висящихъ фартука изъ

*) Леонтовичъ. Адаты. II, 52, 59.

**) Дубровинъ. Истор. войны на Кавказѣ. I (1871), стр. 348, 349. См. также стр. 343

растительныхъ фибръ—былъ замѣненъ у этой женщины нѣсколькими обрывками короткаго, стараго фартука, который почти-что не прикрывалъ ея тѣла. Пробѣжавъ около насъ, она стала еще сильнѣе кричать и голосить и вдругъ со всего размаха бросилась на землю и начала кататься по ней. Она схватила лежащій обломокъ коралла и принялась бить имъ выбритую голову, лицо, грудь. Къ ней подошли нѣсколько другихъ женщинъ, вѣроятно, утѣшить ее; но она только вскочила и, завопивъ еще громче, во второй разъ, плашмя, какъ стояла, бросилась на землю». Разсказавъ затѣмъ о подобномъ же образѣ дѣйствій другихъ женщинъ, Миклуха-Маклай говоритъ: «Изъ моего бивуака я могъ видѣть, какъ нѣсколько процессій черною краскою обмазанныхъ женщинъ, съ разныхъ концовъ острова, прошли къ хижинѣ покойника. Появился затѣмъ и мужчина, весь вымазанный чернымъ и, въ свою очередь, неистовствовалъ» *). Переходъ отъ татуировки тѣла черною краскою къ черному платью, какъ знакъ траура, хотя довольно продолжителенъ, но гораздо менѣе труденъ, чѣмъ отъ сожиганія тѣла на кострѣ къ вымазыванію его черной краской.

Насколько ношеніе чернаго платья должно было знаменовать обугливаніе того человѣческаго существа, которое носило трауръ, видно изъ способа ношенія траурнаго платья въ средніе вѣка. Еще въ началѣ XVI в. носили черный колпакъ или покровъ, который закрывалъ все лицо или большую часть его; на спину также спускалось черное покрывало. Такъ какъ эта одежда придавала страшный видъ лицу, облаченному въ него, то въ 1521 г. его запретили въ Аугсбургѣ, гдѣ тогда

*) Островокъ Андра. «Сѣв. Вѣстн.» 1888 г., № 1, стр. 209—212

свирѣпствовала чума; въ другихъ мѣстахъ дозволяли носить его только въ теченіи нѣсколькихъ дней. Установились, такимъ образомъ, градаціи въ ношеніи траура: сначала все облачалось чернымъ, затѣмъ оставляли свободными носъ и глаза, наконецъ, шею, причемъ вмѣсто колпака покрывали голову шапкой *). «Черный цвѣтъ, я пугаюсь, когда слышу о тебѣ,— поетъ одинъ изъ трубадуровъ.—Ты начало горя и конецъ радости. Кто вынужденъ тебя носить, тотъ основательно считается несчастнымъ» **).

Одинъ изъ польскихъ статутовъ—опатовецкій—отъ 1474 года требуетъ, чтобы вдова носила платье черное или темнаго цвѣта, запрещаетъ ей употреблять поясы золотые или серебряные, наряжаться въ вѣнки, чепцы и вообще носить какія-либо драгоцѣнности ***).

Леки въ своей «Исторіи морали» указываетъ на факты привязанности римскихъ женъ къ своимъ мужьямъ послѣ ихъ смерти: во цвѣтѣ лѣтъ и красоты онѣ уединялись на весь остатокъ своей жизни и посвящали ее памяти объ умершемъ. Онъ усматриваетъ въ этихъ фактахъ вліяніе воззрѣнія, что привязанность жены къ мужу должна быть настолько глубока и чиста, что не должна прекратиться съ его смертью, что она должна руководить и слѣдовать за женою во всю ея жизнь и никогда не можетъ быть перенесена на другое лицо ****).

*) Kriegk. S. 170—171.

**) Weinhold. Frauen. II. S. 279.

***) Jus. pol. 314. Цитир. у Спасовича, Сочиненія III, стр. 128. Item statuimus quod vidua non in alia veste, nisi in nigra vel subnigra debeat ambulare, cingulos argenteos vel aureos nec crinalia portare, clenodia omnia cujuscunque sunt conditionis, sive pepla nobilia tenetur a se amovere.

****) Lecky. Hist. of. Mor. II, p. 325.

И Виргилій вкладываетъ эту мысль въ уста Дидоны: Эней унесъ ея чувство въ могилу

Ille meos, primus qui me sibi junxit, amores
Abstulit; ille habeat secum servetque sepulchro *).

Какъ ни трогательны эти чувства вѣчной привязанности и неизмѣнной преданности покойникамъ, корни ихъ лежатъ не въ благородныхъ воззрѣніяхъ, а въ жестокихъ обычаяхъ. Кромѣ чернаго платья, остаткомъ того отдаленнаго прошлаго, когда жены сожигались или хоронились вмѣстѣ со своими мужьями, былъ, какъ мы уже видѣли изъ нѣсколькихъ данныхъ, приведенныхъ выше, обязательный трауръ вдовъ, воспрещеніе вступать въ новый бракъ, сначала въ теченіе всей ихъ жизни, а впослѣдствіи въ теченіе опредѣленнаго времени, обыкновенно въ теченіе года. Въ такомъ видѣ обязательный трауръ установленъ былъ въ Римѣ. За нарушеніе этого правила вдову не только постигала инфамія (лишеніе извѣстныхъ гражданскихъ правъ), но она лишалась и правъ наслѣдства **), т. е. то безправіе относительно имущества, которое въ болѣе раннія времена было удѣломъ всѣхъ вдовъ, впослѣдствіи постигало въ видѣ наказанія лишь тѣхъ вдовъ, которыя въ достаточной мѣрѣ не оплакали своихъ умершихъ мужей и поспѣшили вступить въ бракъ съ новымъ лицомъ. Что этотъ обязательный трауръ есть именно остатокъ болѣе жестокаго обычая, а не обычное проявленіе скорби объ утратѣ, видно изъ того, что манифестаціи горя требуются только отъ женъ. И въ дигестахъ, и въ новеллахъ этотъ обязательный трауръ

*) Aen. IV, 28. Lecky, ibid.
**) L. 1, 2. Cod. de secund nupt 5, 9.

(luctus) возлагается только на вдовъ, и отъ него прямо освобождены вдовцы, ибо эта обязанность на нихъ не лежитъ *).

У германцевъ во времена Тацита вступленіе вдовы во второй бракъ еще не допускалось. «Женщины,—говоритъ Тацитъ,—получаютъ одного мужа, какъ получаютъ одно тѣло и одну жизнь, чтобы не было дальнѣйшаго помышленія, чтобы не продолжалась у нихъ дальше страсть **). Но и у нихъ впослѣдствіи обязательный трауръ вдовъ ограниченъ былъ годомъ ***). Вступленіе во второй бракъ и по истеченіи трауръ наго года лишало, однако, вдову права на долю въ наслѣдствѣ, оставшемся послѣ мужа, а также права на прожитокъ изъ имущества мужа ****).

Я остановился на обычаѣ сожженія или погребенія женъ совмѣстно съ мужьями и его послѣдствіяхъ, какъ на наиболѣе яркомъ примѣрѣ истребленія женщинъ en masse, но это, конечно, не единственный. Фактъ, передаваемый такимъ достовѣрнымъ наблюдателемъ жизни первобытныхъ народовъ, какимъ былъ Ливингстонъ, показываетъ, къ чему ведутъ столкновенія между мужемъ и женою. У манюэмовъ въ Африкѣ, которыхъ Ливингстонъ вообще характеризуетъ, какъ каннибаловъ, споръ между мужемъ и женою часто оканчивается тѣмъ, что мужъ убиваетъ ее и съѣдаетъ ея сердце, приправляя его большою порціею козьяго мяса *****).

Еще любопытнѣе фактъ, передаваемый Дарвинымъ въ его

*) L. 9. D. de his. qui not. inf. 3, 2. Nov. XXII, c. 22.
**) Tacit. Germ. 19. (Русск. пер, I, стр. 51).
***) Lex. Wisig. III, 1, 4. Weinhold. II, S. 41.
****) Lex. Bajuv. XIV. 6, 7. L. Wisig, IV. 2, 14. Weinhold, II, S. 43.
*****) Цитировано у Johnston. Livingstone and the Exploraition of Central Africa. London (1891), p. 336.

«Путешествіи вокругъ свѣта на кораблѣ Бигль». Не подлежитъ сомнѣнію,—говоритъ Дарвинъ,—что жители Огненной земли во время зимнихъ голодовокъ убиваютъ и съѣдаютъ находящихся въ ихъ средѣ старыхъ женщинъ раньше, чѣмъ они принимаются за пожираніе собакъ; послѣднія, по ихъ мнѣнію, болѣе производительны, чѣмъ первыя. Мальчикъ изъ Огненной земли, бывшій на кораблѣ, описывалъ способъ, которымъ ихъ убиваютъ: ихъ держатъ надъ огнемъ, и онѣ дохнутъ отъ дыма. Мальчикъ подражалъ воплямъ женщинъ, въ видѣ шутки, и описывалъ части ихъ тѣла, которыя считаются наиболѣе вкусными. Какъ ни ужасна,—говоритъ Дарвинъ,—смерть, которой подвергаются женщины родными и друзьями, болѣе мучительнымъ долженъ быть признанъ страхъ, овладѣвающій старухами, когда являются признаки голода; намъ передавали, что онѣ часто убѣгаютъ въ горы, но мужчины ихъ преслѣдуютъ и возвращаютъ на бойню, какою являются ихъ собственные очаги *). Этотъ жестокій обычай бросаетъ яркій свѣтъ на фактъ, записанный въ русской лѣтописи подъ 1071 годомъ. Во время голода, наступившаго въ Ростовской землѣ, два волхва указывали на женщинъ, какъ скрывающихъ обиліе; онѣ-де прячутъ медъ, рыбу, хлѣбъ. Населеніе приводило къ волхвамъ матерей, женъ и сестеръ, волхвы дѣлали имъ надрѣзы на спинѣ и дѣлали видъ, что вынимаютъ скрытые ими продукты. Такимъ образомъ погибло много женщинъ на Волгѣ и по Шекснѣ, пока не явился воевода Янъ Вышатичъ, который угрозами и убѣжденіями пріостановилъ избіеніе женщинъ и покончилъ съ проповѣдью волхвовъ **).

*) Darvin, Journal of Researches (11 изд.) 1892, p. 214.

**) Лаврентьев. лѣтоп. изд. Арх. коммис. Спб. 1872, стр. 170 и сл.

У волхвовъ XI в.—хранителей народной мудрости, повидимому, осталось преданіе дней недавно минувшихъ для Ростовской земли, что во время голода истреблялись женщины съ цѣлью удовлетворенія голода. Исчезновеніе каннибализма и повело къ образованію новаго мотива для обычнаго истребленія женщинъ, а именно, что въ тѣлахъ ихъ будто-бы скрываются средства для устраненія голода, скрываются съѣстные припасы, скрывается обиліе. Готовность жителей приносить въ жертву женщинъ по требованію и совѣтамъ волхвовъ указываетъ на то, что, не смотря на исчезновеніе обычая поѣданія женщинъ, жизнь ихъ тѣмъ не менѣе продолжала цѣниться очень дешево, благодаря наслѣдственно-установившемуся отношенію къ нимъ. Разсказъ, передаваемый Ливіемъ о массовомъ истребленіи женщинъ въ Римѣ, вслѣдствіе взведеннаго на нихъ обвиненія, что онѣ замыслили отравить своихъ мужей, отъ чего въ Римѣ оказалась большая смертность *), является болѣе отдаленнымъ отголоскомъ того-же отношенія къ женщинамъ. Мотивы всегда найдутся для обычнаго, унаслѣдованнаго отъ прошлаго образа дѣйствія.

При такомъ положеніи женщины не могло быть и рѣчи объ огражденіи ея отъ жестокаго обращенія со стороны мужа, со стороны владыки ея, властелина надъ ея жизнью.

Нѣсколько менѣе беззащитной была женщина при покупкѣ. Она была собственностью рода, и смерть ея могла вызвать кровавую месть со стороны сородичей ея, но истязанія, мученія, изувѣченіе жены не могло служить основаніемъ для предъявленія какихъ либо требованій къ мучителямъ ея.

Право наказывать женъ—honesta disciplina—признава-

*) Liv. VIII, 18. Ливій приписываетъ смертность чумѣ.

лось за мужьями у всѣхъ германскихъ народовъ и, между прочимъ, по ютландскому праву, мужъ не нарушаетъ общественнаго мира, если онъ бьетъ жену и дѣтей палкой или розгами *). Миннезингеръ Рейнмаръ фонъ-Цветтенъ совѣтуетъ мужу, если жена упорна и сварлива, взять большую плеть (Knittel), исполосовать ей спину,—чѣмъ больше, тѣмъ лучше, и крѣпко, чтобы она признала мужа господиномъ и перестала злобствовать **). По французскому обычному праву, мужъ, какъ видно изъ сборника Бомануара, вправѣ бить жену, если она не повинуется его приказаніямъ, когда она бранитъ или обманываетъ его, но только умѣренно и не причиняя смерти ***). По адатамъ осетинъ мужъ есть повелитель и судья своей жены. Мужъ имѣетъ право наказывать жену свою за провинности и словами и побоями даже до увѣчья и никто въ этомъ случаѣ не вправѣ вступаться за жену, ни даже отецъ или братъ ея ****).

Въ Россіи впервые въ Воинскихъ артикулахъ Петра Великаго за убійство жены, вслѣдствіе жестокаго обращенія, установлено наказаніе, да и то сравнительно меньшее, чѣмъ за убійство вообще. Уложеніе Алексѣя Михайловича промолчало, говоря словами Соловьева, убійство жены. Въ 1674 г. крестьянинъ Баженовъ тотемскаго уѣзда повинился: убилъ свою жену за то, что утаила она у него два аршина сукна сермяжнаго, а больше вины ея не было, жилъ онъ съ нею въ совѣтѣ; съ пытки говорилъ то-же. Воевода послалъ за указомъ въ Москву (такъ какъ закона не было). Здѣсь велѣли

*) Jut. R. 2, 82. Grimm, R. A. S. 450.
**) Weinhold, Frauen. II S. 74.
***) Цитир. у Lecky. II, p. 339.
****) Леонтовичъ. II, стр. 26.

выписать случаи: стрѣльца Еремѣева за убійство жены казнили смертью,—убилъ ее въ пьяномъ видѣ; другой стрѣлецъ, тоже пьяный, зарѣзалъ жену за невѣжливыя слова; здѣсь уже была причина гнѣва; и потому убійцѣ отсѣкли лѣвую руку да правую ногу; то же самое велѣно сдѣлать и съ Баженовымъ и потомъ освободить безъ поруки, «потому что убилъ жену не за великое дѣло» *).

Эта практика и санкціонирована Воинскими артикулами. Согласно 163 артикулу, если мужъ, желая наказать свою жену, такъ побьетъ ее, что она отъ того умретъ, то хотя онъ подвергается наказанію, но легчайшему противъ другихъ убійцъ **). Такимъ образомъ «учить» жену и притомъ съ помощью тѣлесныхъ наказаній не возбранялось. Согласно съ этимъ, и Домострой совѣтуетъ только «не бить жену по уху или по лицу, ни подъ сердце кулаками, ни пинкомъ, ни полѣномъ, ни коломъ, вообще не бить ничѣмъ желѣзнымъ или деревяннымъ, такъ какъ много притчи отъ того бываетъ: слѣпота, глухота, вывихъ ногъ, рукъ, пальцевъ, боль головы и зубовъ, а у беременныхъ женъ и дѣтямъ поврежденіе бываетъ въ утробѣ» (гл. 38).

Современное русское обычное право признаетъ право мужа «учить» жену съ помощью тѣлеснаго наказанія. По свидѣтельству прокурора бѣлозерскаго окружнаго суда (Новгородской губ.) заведенный въ крестьянскомъ домашнемъ быту порядокъ поддерживается правомъ хозяина приказывать и учить (бить) жену и дѣтей ***). Тѣмъ не менѣе жестокое обращеніе, выходящее за предѣлы дозволенной мѣры въ каждой

*) Соловьевъ, т. XIII, гл. I.

**) Полн. Собр. Зак., 1706, марта 30 № 3006.

***) Тр. ком. вол. суд. VII, 488. Пахманъ, Обычн. пр. II, стр. 103.

данной мѣстности, влечетъ за собою наказаніе мужа и въ большинствѣ случаевъ «дубьемъ». Есть и такія мѣстности, въ которыхъ наказуемыми дѣйствіями со стороны мужа являются и тяжкія оскорбленія.

По правилу similia similibus curantur или клинъ клиномъ вышибай, волостные суды караютъ за грубость нрава грубымъ и унижающимъ достоинство человѣка наказаніемъ — розгами. Мы приведемъ здѣсь нѣсколько выдержекъ изъ рѣшеній, характеризующихъ народную юстицію. 20 ударовъ розгами, составляющіе обычное наказаніе — это сакральное число, освященное 102 ст. Общ. Полож. о крест. Въ рѣшеніи одного изъ волостныхъ судовъ Владимірской губерніи постановлено: за нанесенные женѣ побои безъ всякой причины наказать мужа 20 ударами розогъ и обязать его подпискою, чтобы онъ жену свою взялъ къ себѣ и жилъ бы съ ней какъ слѣдуетъ, не причиняя ей никакихъ обидъ. Крестьянка Т. жаловалась одному изъ волостныхъ судовъ Московской губ. на жестокое обращеніе съ нею мужа ея (онъ привязалъ жену къ столбу и сѣкъ по всѣмъ частямъ тѣла ременною супонью безъ всякой пощады); судъ приговорилъ за побои женѣ и самоуправство наказать 20 ударами розогъ. Волостному суду той-же губерніи жена жаловалась, что мужъ постоянно наноситъ ей побои совершенно безвинно; судъ приговорилъ: въ примѣръ прочимъ, за самоуправство наказать 20 ударами розогъ и строго внушить — самоуправства отнюдь не учинять, а заявлять сельскому старостѣ, а женѣ — быть въ полномъ повиновеніи и послушаніи у мужа. Одному изъ волостныхъ судовъ Ярославской губ. жена жаловалась, что мужъ ея А. въ пьяномъ видѣ причинилъ ей жестокіе побои и выдралъ косу; судъ постановилъ:

крестьянина А., по желанію его, или наказать 10 ударами розогъ или выдержать подъ арестомъ 3 дня. Въ рѣшеніяхъ волостныхъ судовъ Костромской губ. мы находимъ слѣдующія постановленія: въ одномъ—за причиненіе обидъ женѣ наказать 20 ударами розогъ; въ другомъ—за нетрезвость и притѣсненіе жены своей (выгонялъ ее изъ дому вонъ) наказать 20 ударами розогъ и внушить ему, чтобы онъ велъ жизнь трезвую, а жену свою изъ дому не выгонялъ. Въ рѣшеніи одного изъ волостныхъ судовъ Тамбовской губ. постановлено: наказать мужа розгами за оскорбленіе жены своей и грубые поступки противъ брака. Среди рѣшеній волостныхъ судовъ Костромской губ. имѣется и такое: обязать мужа поступать съ женою справедливо и по-человѣчески, а ее обязать жить съ мужемъ и работать по силамъ *).

Въ собранныхъ коммиссіею по составленію гражданскаго уложенія замѣчаніяхъ почти всѣ мировые судьи, отъ которыхъ получены замѣчанія, жалуются на массу дѣлъ о жестокомъ обращеніи мужей съ женами **). Но въ особенности любопытны замѣчанія Константиноградскаго мироваго съѣзда, подтверждаемыя указаніемъ на факты. На вопросъ судьи у мужа «зачѣмъ онъ бьетъ свою жену», мужъ равнодушно отвѣчаетъ: «для чего она мнѣ и жена, если я не могу ее бить?» Тотъ-же съѣздъ приводитъ и слѣдующій фактъ изъ производившихся въ немъ дѣлъ: молодая крестьянка вышла замужъ за крестьянина другой деревни. Вскорѣ послѣ свадьбы возникли между супругами взаимные раздоры, поддерживае-

*) Тр. ком. вол. суд. I, 440. II, 160, 239, 418. III, 72, 378, 383, 389. Пахманъ. Обычн. гражд. пр. въ Россіи (1879) II, стр. 103—105, 108.

**) Замѣчанія (1891) Спб., стр. 39, 60, 73.

мые, по обыкновенію, упреками женѣ со стороны семьи мужа и кончаемые побоями мужа. Молодая супруга не выдерживаетъ своего положенія и тайкомъ уходитъ къ своимъ родителямъ, которые, узнавъ въ чемъ дѣло, уже по чувству любви къ дочери, принимаютъ ее къ себѣ. Мужъ, подождавъ немного, отправляется къ родителямъ жены и начинаетъ упрашивать жену возвратиться къ нему, давая при этомъ слово, что прежнихъ оскорбленій уже не будетъ. Жена, при содѣйствіи родителей, поддается на увѣщанія мужа и рѣшается возвратиться съ мужемъ назадъ. Но не пройдя и половины дороги, встрѣчаетъ подготовленную мужемъ конную подводу, при двухъ пріятеляхъ мужа. Дѣло было зимою. Недолго думая, мужъ раздѣваетъ жену до-гола, привязываетъ ее къ оглоблямъ, садится самъ въ сани и, погоняя кнутомъ привязанную къ оглоблямъ жену, такимъ образомъ, достигаетъ своего жилья въ компаніи съ пріятелями *).

Этотъ фактъ не представляетъ собою чего либо новаго, впервые встрѣчающагося въ русской жизни. Однородные факты уже отмѣчались бытописателями и были предметомъ судебныхъ разбирательствъ. Въ 1872 г. въ Тамбовскомъ окружномъ судѣ разбиралось дѣло о крестьянахъ Никифорѣ и Ѳедорѣ Минюшиныхъ, наказавшихъ жестоко жену послѣдняго, Марью. Марья противъ воли была отдана замужъ за Ѳедора Минюшина, который вскорѣ послѣ свадьбы сталъ обращаться съ нею весьма дурно. Не проходило дня, чтобы онъ ее не билъ. Марья терпѣла года два, но наконецъ рѣшилась уйти отъ мужа; онъ нашелъ ее и наказалъ за побѣгъ. Вскорѣ она опять бѣжала и нанялась въ одномъ селѣ въ кухарки. Ѳе-

*) Замѣчанія, стр. 72.

доръ, узнавъ гдѣ жила его жена, запрягъ въ телѣгу пару лошадей и вмѣстѣ съ отцомъ своимъ поѣхалъ за нею. Найдя ее, онъ при помощи отца привязалъ ее толстой веревкой къ нахлесткѣ телѣги, погналъ лошадей и заставилъ жену бѣжать рядомъ, стегая ее и лошадей кнутомъ. Крестьяне остановили ихъ и отвязали отъ телѣги Марью, но какъ только Минюшины выѣхали изъ села, они опять привязали ее къ телѣгѣ и погнали лошадей. Они били ее кнутомъ и кулаками по спинѣ и головѣ и рвали ей волосы. Въ 1874 г. въ Екатеринославской губерніи былъ случай такого-же возмутительнаго истязанія. Жена, бѣжавшая отъ побоевъ мужа, была найдена имъ. Въ наказаніе, онъ, при помощи другаго крестьянина, перепоясалъ ее веревкой, привязалъ къ оглоблѣ, вмѣсто пристяжной, и шибко погналъ лошадей, осыпая жену ударами нагайки съ узломъ на концѣ. Отъѣхавъ верстъ пять, онъ остановился ночевать, а утромъ поѣхалъ дальше, привязавъ опять жену на мѣсто пристяжной лошади. На дорогѣ онъ остановился у шинка, чтобы выпить съ товарищемъ; шинкарь отвязалъ ее и предложилъ ей поѣсть, но она отъ усталости и боли упала въ сани. Выйдя изъ шинка, мужъ повезъ лежавшую въ саняхъ, но черезъ нѣсколько времени опять привязалъ ее къ оглоблѣ и такъ въѣхалъ въ село *).

По пословицѣ временъ Елисаветы: Англія была адъ для лошадей, чистилище для слугъ и рай для женщинъ, такъ какъ англичане ѣздятъ на своихъ лошадяхъ безъ мѣры, обращаются со слугами сурово, къ женщинамъ-же относятся съ уваженіемъ **).

---

*) Якушкинъ. Обычное право, XXXXII и слѣд.

**) Pict. Hist. of Engl. II p. 892. Спенсеръ. Опис. соц., стр. 185.

Но, во-первыхъ, такъ было не всегда, а во-вторыхъ, не только относительно времени Елисаветы, но и относительно позднѣйшаго времени существуютъ указанія иного характера. Райтъ высказываетъ въ видѣ предположенія, что только около X вѣка хозяйки дома получили въ Англіи право сидѣть рядомъ съ мужьями *). Право наказывать жену и притомъ тѣлесно было признано и въ Англіи и только въ царствованіе Карла II усомнились, какъ указываетъ Блэкстонъ, въ правѣ мужа примѣнять исправительныя наказанія **). Тѣмъ не менѣе Маколей, характеризуя время, предшествовавшее революціи въ Англіи, говоритъ: господа, благорожденные и благовоспитанные, имѣли обыкновеніе бить своихъ слугъ; педагоги не знали другаго способа преподавать науку, какъ бить своихъ учениковъ; мужья изъ приличныхъ слоевъ общества не стыдились бить своихъ женъ ***). Послѣдствія взгляда на жену, какъ на собственность, проявлялись въ Англіи не только въ прошломъ, но и въ нынѣшнемъ вѣкѣ. Въ 1765 г. столяръ Гигинсонъ изъ Саусерка продалъ свою жену товарищу по цеху; въ 1773 году такая-же сдѣлка состоялась въ Бирмингамѣ. Цѣна жены—шиллингъ. Въ 1805 году одинъ парень продалъ жену свою съ ребенкомъ на площади въ Тексфордѣ, причемъ шея жены была обвязана веревкой. Въ 1815 году мужъ продалъ свою жену на рынкѣ въ Понтрфактѣ, объявивъ на нее цѣну въ $^1/_2$ ф. стерлинговъ. Въ 1820 году приличный мужчина привелъ свою жену на скот-

*) Wrigth. Womankind in Western Europe (1869) p. 70. Спенсеръ. Опис. соц. 26.

**) Blakstones Commentar I p. 445. Buckle. Posthumous Works (1885) II. p. 15.

***) Macaulay. Hist. of Engl. I, ch. III. (Pop. Ed., p. 207).

ный рынокъ въ Кентрбюри, и такъ какъ базарный смотритель отказывался привязать ее къ столбу, то мужъ нанялъ навѣсъ и затѣмъ продалъ ее за 5 шиллинговъ. Въ 1822 году Томасъ Джонсъ продалъ свою жену чрезъ 3 недѣли послѣ брака съ нею съ условіемъ, что покупщикъ можетъ возвратить ее чрезъ 3 недѣли, если онъ будетъ недоволенъ сдѣлкой. Въ 1832 г. мелкій арендаторъ Жозефъ Томсонъ въ Карлейлѣ объявилъ, что 7 апрѣля въ 12 часовъ утра состоится продажа его жены на базарѣ. Жена стала на высокій стулъ, съ соломенной веревкой на шеѣ, окруженная друзьями и родственниками. Она была обмѣнена на лошадь и нью-фаундлендскую собаку. Въ 1877 году жена была продана за 40 ф. стерлинговъ и покупка удостовѣрена нотаріусомъ и свидѣтелями *). Помимо этихъ данныхъ, достаточно указать на то, что Гриммъ въ своихъ «Древностяхъ» считаетъ этотъ фактъ продажи женъ въ Англіи общеизвѣстнымъ и практиковавшимся въ его время.

Изъ архивныхъ документовъ г. Франкфурта мы узнаемъ, что продажа женъ происходила въ Германіи въ XV вѣкѣ. Такой случай произошелъ въ 1459 году, и виновный подвергся осрамительному наказанію — бросанію въ лужу. Въ 1463 году франкфуртскій патрицій Рорбахъ купилъ у одного каменьщика его жену. Товарищи продавца по цеху довели объ этомъ до свѣдѣнія ратуши, но дѣло кончилось тѣмъ, что покупщику былъ сдѣланъ выговоръ **).

Случаи отчужденія женъ въ Россіи въ прежнія времена

---

*) Ausland. 1861. S. 2018—2020. Hellwald. Menschliche Familie (1888) S. 317 Anm.

**) Kriegk, Bürgerthum, S. 289.

засвидѣтельствованы оффиціальнымъ документомъ. Златоустовскій архимандритъ Антоній въ доношеніи Св. Синоду отъ 10 августа 1721 г. спрашиваетъ, какъ отнестись къ факту, о которомъ идетъ рѣчь въ приложенной имъ «поступной». Поступная гласитъ: «1716 года генваря въ 15 день, Вятскихъ полковъ солдатъ Иванъ Аѳанасьевъ, который въ 704 году изъ деревни Шолковой взятъ въ солдаты и былъ на службѣ, а послѣ его, Ивана, осталася въ той деревнѣ Шолковой жена Матрена Михайлова дочь, и безъ него, Ивана, въ 710 году вышла замужъ въ деревню Баранцову за крестьянина за Емельяна Савостьянова, а нынѣ я, Иванъ, изъ полковой службы отпущенъ на время, и пришелъ въ тое деревню Шолковое и увѣдалъ, что жена моя вышла замужъ за него Емельяна Савостьянова. Поговоря съ нимъ полюбовно, тою своею женою я, Иванъ, поступился ему Емельяну, и впредь мнѣ, Ивану, о той своей женѣ на него Емельяна, въ монастырѣ властямъ и нигдѣ не бить челомъ; а по договору взять мнѣ Ивану на немъ Емельянѣ денегъ два рубля и четыре ведра вина; и взялъ на переднее рубль, а другой рубль взять о Святой недѣлѣ нынѣшняго-же году, а вино взять на сырной недѣлѣ два ведра, да на Святой недѣлѣ два-жъ ведра. Въ томъ я, Иванъ Аѳанасьевъ, ему, Емельяну, на себя и сіе письмо далъ. А сіе письмо писалъ Давыдовы пустыни монахъ Арсеній, по его Иванову прошенію. У подлинной поступной рука приложена тако: Къ сему письму ермонахъ Козьма Давыдовой пустыни, вмѣсто солдата Ивана Аѳанасьева, руку приложилъ» *). Случаи продажи женъ въ настоящее время не разъ приводились въ газетахъ. Въ газетѣ «Порядокъ» за

*) Загоровскій. О разводѣ по русск. пр. (1884), стр. 355.

1881 г. разсказанъ случай, произошедшій въ Хмѣльникѣ, Подольской губ. Крестьянинъ Зеленюкъ, находясь на службѣ у одного хозяина вмѣстѣ съ дѣвушкой Ефросиньей, вошелъ съ нею въ связь. Въ скоромъ времени Зеленюка приняли въ военную службу, а у Ефросиньи родился ребенокъ. Чрезъ годъ съ лишнимъ Ефросиньѣ предлагаютъ выйти за крестьянскаго парня Ковалюка, извѣстнаго въ селеніи лѣнтяя и пьяницу. Ефросинья, видя свою безпомощность, потому что съ ребенкомъ никто не хотѣлъ принять ее къ себѣ, соглашается идти за Ковалюка. Проходитъ около 3 лѣтъ, возвращается изъ военной службы Зеленюкъ. Вскорѣ, во время сельской сходки, происходившей въ мѣстной корчмѣ, Ковалюкъ предлагаетъ Зеленюку уступить ему свою жену съ тѣмъ, чтобы онъ поставилъ добрый магарычъ громадѣ. Зеленюкъ соглашается, Ковалюкъ идетъ домой, приводитъ жену въ корчму и здѣсь пропиваетъ ее Зеленюку вмѣстѣ съ «громадой». При магарычѣ составляютъ документъ, по которому Ковалюкъ уступаетъ свою жену Ефросинью солдату Зеленюку. На этомъ документѣ, какъ говоритъ очевидецъ, подписалось нѣсколько человѣкъ свидѣтелей изъ громады. Говорятъ, что даже мѣстный сельскій староста приложилъ къ документу свою печать и что нарядилъ нѣсколько человѣкъ для присутствія въ хатѣ Ковалюка при передачѣ послѣднимъ своей жены и ребенка Зеленюку *).

Изъ сказанія о Фритіофѣ извѣстно, что король Рингъ предъ смертью завѣщалъ Фритіофу вмѣстѣ съ царствомъ жену свою Кюлбергу, и вмѣстѣ съ тризной по умершемъ празднуется свадьба новобрачныхъ **).

---

*) Загоровскій, стр. 196.
**) Weinhold, II. S. 11.

Встрѣчаются и случаи даренія. Исландецъ Торгиль, возвращаясь изъ Норвегіи на родину, даритъ свою жену другу своему Торштейну на память *).

На одномъ изъ соборовъ въ средніе вѣка, въ Маконѣ, былъ возбужденъ вопросъ, человѣкъ ли женщина, и онъ рѣшенъ утвердительно лишь по слѣдующему соображенію: въ Евангеліи Іисусъ Христосъ называется сыномъ человѣческимъ, но на землѣ онъ сынъ только Дѣвы Маріи—женщины, слѣдовательно женщина — человѣкъ, ибо въ противномъ случаѣ рожденнаго отъ нея нельзя было бы назвать сыномъ человѣческимъ. Но, будучи человѣкомъ, женщина по каноническому праву все-таки не создана по образу и подобію божьему. Haec imago Dei est in nomine, ut unus factus sit, quasi dominus ex quo ceteri orirentur, habens imperium Dei, quasi vicarius ejus, quia omnis Rex Dei habet imaginem, ideoque mulier non est facta ad imaginem Dei. Sic etenim dicit et fecit Deus hominem; ad imaginem Dei fecit illum **). Отсюда явствуетъ, говорится далѣе, насколько жены должны быть подчинены мужьямъ, и что законъ желалъ, чтобы жены были почти рабынями. Satis hinc apparet, quem admodum subditas feminas viris, et pene famulas lex esse voluerit uxores ***).

Соловьевъ приводитъ слѣдующую выписку изъ приказныхъ дѣлъ московскаго архива министерства иностранныхъ дѣлъ за 1679 годъ. Вдова Марья Душевская на допросѣ показала: пришла къ ней стряпчаго конюха Евсеева жена Θекла, а пришедъ говорила ей, что мужъ ея Евсевей, пришедъ домой невѣдомо откуда пьянъ и билъ ее, снявъ рубаху, смертнымъ

*) Ibid. l. c.
**) Can. 13 c. XXXIII. qu. 5. Gans. Erbrecht. III (1829) S. 121.
***) C. 14. eodem. Gans. ibid.

боемъ до крови и по ранамъ натиралъ солью, и она, Ѳекла, не стерпя побой, пришла къ ней по свойству *). Иначе говоря, побѣги женъ отъ мужей являются на раннихъ ступеняхъ культуры единственнымъ средствомъ противъ жестокаго обращенія; въ виду этого, между прочимъ, среди обычаевъ нашихъ инородцевъ имѣются правила для улаженія столкновеній между родами—мужа и жены—въ случаѣ бѣгства женъ и невозможности склонить супруговъ къ дружелюбнымъ отношеніямъ.

По обычаю селенгинскихъ бурятъ, жена, убѣжавшая отъ мужа къ отцу, матери и родственникамъ, должна быть возвращена къ мужу съ приличнымъ внушеніемъ и наставленіемъ къ согласному житью. Но если отецъ, мать и родственники этого не сдѣлаютъ, то старшины по жалобѣ мужа должны при участіи ламы собрать ближайшихъ родственниковъ обѣихъ сторонъ и найдя настоящую правду, отчего происходятъ споры и несогласія, общими приличными убѣжденіями и внушеніями склонить къ дружелюбному житью. Если жена убѣжитъ во второй и третій разъ, то наказать какъ ее, такъ и того, кто подговорилъ ее къ побѣгу, если она это дѣлала по чьему либо наущенію, лозами и возвратить мужу. Наконецъ, при побѣгѣ въ 4 разъ развести ихъ, во избѣжаніе могущихъ быть худыхъ и непріятныхъ послѣдствій и возвратить жену отцу и матери и ближайшимъ родственникамъ со взысканіемъ съ нихъ въ пользу мужа—онзы (калыма). Но если жена докажетъ, что она дѣлаетъ побѣги вслѣдствіе чрезмѣрной жестокости мужа, которой она не можетъ перенести, то при разводѣ мужъ лишается калыма **).

*) Соловьевъ. Исторія Россіи, т. XIII, гл. I.

**) Обыч. селенг. бур. ст. 50, 51, 52. Малышевъ, Курсъ гр. пр. I стр. 414.

Вообще жена, какъ и всякій рабъ, можетъ—по крайней мѣрѣ среди африканскихъ народовъ—отдать себя подъ покровительство чужеземца и тѣмъ побудить мужа измѣнить свое обращеніе съ нею. Камеронъ разсказываетъ, что онъ былъ въ Узагарѣ свидѣтелемъ обычая, господствующаго, какъ говорятъ мѣстные жители, во всей восточной Африкѣ. Въ его лагерь прибѣжала женщина и завязала узелъ въ чалмѣ одного изъ его провожатыхъ. Она поставила себя этимъ подъ покровительство его и онъ обязанъ былъ охранять ее отъ мужа, который побилъ ее за то, что она плохо сварила рыбу. Мужъ явился и потребовалъ выдачи жены, но онъ былъ вынужденъ заплатить выкупъ въ видѣ быка и трехъ козъ и дать въ присутствіи старшины его села обѣщаніе, что онъ впредь никогда не будетъ обращаться съ ней дурно *). Съ теченіемъ времени изъ такихъ правилъ вырабатывается институтъ разлученія или развода вслѣдствіе жестокаго обращенія одного супруга съ другимъ. Такъ какъ искъ о жестокомъ обращеніи производился въ гражданскомъ судѣ, то самое понятіе о жестокомъ обращеніи въ теченіи исторической жизни народовъ подверглось коренной переработкѣ.

По прусскому кодексу, подъ жестокимъ обращеніемъ разумѣются такія дѣянія, которыя приводятъ въ опасность жизнь или здоровье другого супруга **). То-же разумѣлъ и англійскій церковный судъ подъ жестокимъ обращеніемъ, дающимъ право на разлученіе.

Въ прежнихъ рѣшеніяхъ, въ которыя я имѣлъ возможность заглянуть, говоритъ лордъ Стоэль, я замѣтилъ, что опасность

---

*) Cameron. Across Africa. (1877) I, p. 77.
**) Pr. Landr. B. II, Tit. 1 § 699.

для жизни, какой либо части тѣла или здоровья, всегда указывалась какъ основаніе, по которому судъ постановлялъ о разлученіи. Судъ никогда не сходилъ съ этой почвы. Онъ находилъ неудобнымъ отступать отъ этого правила, и я никогда не слыхалъ о случаѣ, въ которомъ допускалось бы разлученіе безъ того, чтобы было доказано существованіе основательнаго опасенія о причиненіи страданія. Я говорю «опасенія», такъ какъ нѣтъ сомнѣнія, что судъ не обязанъ ждать до тѣхъ поръ, пока страданіе дѣйствительно причинено; но опасеніе должно быть основательное; оно не должно быть результатомъ экстраординарной или болѣзненной чувствительности *).

Такимъ образомъ прежде всего подъ жестокое обращеніе англійскій судъ подводитъ не только нанесеніе тяжкихъ побоевъ, ранъ или увѣчій, но и посягательство на тѣлесную неприкосновенность, всякое проявленіе физической силы, которое соединено съ болью и страданіемъ для потерпѣвшаго; словомъ все то, что именуется 142 ст. уст. о нак. насиліемъ и, согласно рѣшенію угол. кас. департамента за 1869 г. № 551, является наказуемымъ дѣйствіемъ и у насъ по отношенію къ супругу. Не требуется, однако, чтобы насиліе было произведено; достаточно, если существуетъ основательное опасеніе, что насильственныя дѣйствія могутъ быть причинены. Поэтому угрозы насиліемъ, вызывающія такія опасенія и дѣлающія жизнь супруговъ невыносимою, являются совершенно достаточнымъ основаніемъ для вмѣшательства суда **). Въ виду этого лордъ Стоэль по дѣлу Д'Агеларъ, между прочимъ, высказалъ: Мнѣ кажется, что если угроза насиліемъ должна быть признана

*) Evans v. Evans (1790). Bischop, p. 364 прим.

**) Evans v. Evans. (1790). Browning, p. 89. Bishop, p. 364 прим. 373.

жестокимъ обращеніемъ, то нѣтъ никакой разницы въ томъ, обращена ли эта угроза прямо къ женѣ или къ третьему лицу. Важно только, чтобы она вызывала основательное опасеніе, и если она вызываетъ такое опасеніе у другихъ лицъ, то это свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что жена имѣла достаточныя основанія пугаться *).

Германскіе суды въ свою очередь признаютъ наличность жестокаго обращенія и въ тѣхъ случаяхъ, когда намѣреніе не осуществилось, эффектъ не произведенъ. Мужъ бросилъ топоръ вслѣдъ своей женѣ. Хотя топоръ не попалъ въ нее, но мужъ тѣмъ не менѣе совершилъ дѣяніе, которое привело въ опасность жизнь и здоровье жены. Не доказано, что онъ будто бы не имѣлъ намѣренія попасть въ нее; слѣдуетъ принять во вниманіе, что такое дѣйствіе заставляетъ предполагать присущее ему намѣреніе и что для того, чтобы устранить такое предположеніе, должны были бы оказаться въ наличности особаго рода обстоятельства **). Жена бросила въ голову мужа, находившагося отъ нея на разстояніи 3—4 шаговъ, пивную кружку, два серебряныхъ подсвѣчника и плевальницу. Это были дѣянія, опасныя для жизни или здоровья. Не требуется, чтобы рана была нанесена ***). Вообще изъ рѣшеній германскаго кассаціоннаго суда вытекаетъ, что конкретный результатъ не имѣетъ никакого значенія при осбужденіи характера дѣянія. Достаточно покушенія и не требуется, чтобы дѣяніе совершилось.

Угрозы насиліемъ подходятъ подъ жестокое обращеніе, какъ видно изъ замѣчаній редактора прусскаго кодекса Суареца.

---

*) D'Aguilar v. D'Aguilar. Bishop, p. 376.

**) Urt. Civilsen 8 April 1888. Bolze, VI № 665.

***) Urt. Civilsen. 27 Oct. 1887. Bolze V № 784. Hergenhahn, S. 93—94.

Онъ различаетъ словесныя угрозы и угрожающія дѣйствія. Если супругъ, говоритъ онъ, грозитъ другому, что убьетъ его и, произнося эту угрозу, держитъ въ рукѣ топоръ, то это—угрожающее дѣйствіе, переходящее за предѣлы простой угрозы, это посягательство на жизнь другаго супруга и можетъ служить основаніемъ развода *).

Французскіе суды въ періодѣ великой французской революціи установили теоретически то положеніе, что для развода вслѣдствіе жестокаго обращенія не требуется, чтобы произведенныя дѣянія были опасны для жизни и здоровья. Въ этомъ отношеніи они послѣдовательнѣе германскихъ, въ особенности прусскихъ судовъ. Разъ по французскому, какъ и по прусскому кодексу дѣйствія оскорбительнаго свойства даютъ право на разводъ, нѣтъ уже основанія требовать, чтобы такія дѣянія угрожали опасностью жизни или здоровью супруга. Я сказалъ, что французскіе суды устанавливаютъ такое положеніе теоретически, потому что обстоятельства того дѣла, въ которомъ выставлено это положеніе и которое приводится какъ прецедентъ для нынѣшнихъ судовъ, давали право на разводъ даже въ томъ случаѣ, если бы требовалась наличность опасности для жизни или здоровья въ совершенныхъ дѣяніяхъ. Нѣсколько свидѣтелей видѣли, какъ мужъ билъ жену; другіе слышали многократно крики ея; нѣкоторые видѣли раны и знаки, причиненные ударами; наконецъ жена нѣсколько разъ вынуждена была прятаться и убѣгать отъ бѣшенныхъ порывовъ мужа. Изъ показаній нѣкоторыхъ свидѣтелей видно, что они нашли ее спящей на полу въ лавкѣ, между тѣмъ какъ незаконный сынъ мужа спалъ на ея кровати. Хотя свидѣтели и не ви-

*) Koch. Pr. Landr. III. S. 245, прим. 46.

дѣли, какъ мужъ прогналъ жену съ кровати, чтобы помѣстить на ней своего незаконнаго сына, но и помимо этого обстоятельства фактъ этотъ долженъ быть признанъ предосудительнымъ. Всѣ эти факты послужили основаніемъ для удовлетворенія иска о разводѣ со стороны жены *). Не требовалось новой теоріи, чтобы оправдать разводъ въ данномъ случаѣ, ибо всѣ дѣянія мужа такого свойства, что они несомнѣнно представляли опасность, если не для жизни, то для здоровья жены.

Совершенно безразлично, чѣмъ бы ни вызывались насильственныя дѣйствія: свойствомъ характера, обычнымъ пьянствомъ, хронической болѣзненностью. Если я, говоритъ докторъ Лешингтонъ, нахожу поведеніе мужа по отношенію къ женѣ опаснымъ для ея здоровья, я признаю эти дѣйствія подлежащими моему разсмотрѣнію, что-бы ни было причиною ихъ: вызваны ли они грубостью даннаго лица, отсутствіемъ самообладанія или эксцентричностью. Другими словами: если бы я даже нашелъ, что внушающій опасеніе образъ дѣйствій есть результатъ болѣзненныхъ чувствъ, при которыхъ мужъ является невмѣняемымъ, я обязанъ ринять мѣры, разъ опасность существуетъ **). Единственное изъятіе допускается лишь въ томъ случаѣ, когда дѣйствія являются результатомъ острой, преходящей болѣзни и нѣтъ основанія опасаться, что подобныя дѣйствія повторятся въ будущемъ.

Въ томъ же смыслѣ высказался и лордъ Стоэль относительно мотивовъ, вызвавшихъ жестокое обращеніе. Если вода горька, нѣтъ нужды заниматься изслѣдованіемъ, изъ какого источника она течетъ. Если страсти мужа настолько внѣ его

*) Рѣшеніе Безансонскаго суда 15 vendem. an XIII. Coulon, p. 102.

**) Dysart v. Dysart (1844). Browning, p. 91. Dixon, p. 104.

контроля, что онѣ не могутъ быть согласованы съ необходимостью для жены оставаться въ его обществѣ безъ опасности для себя, вопросъ о томъ, чѣмъ вызваны насилія, не имѣетъ существеннаго значенія» *). Въ дѣлѣ Уэстмисъ, въ которомъ удовлетворенъ искъ жены о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія, судья сэръ Николь констатировалъ обстоятельства дѣла слѣдующимъ образомъ: жестокое обращеніе не было въ данномъ случаѣ холодною злобою, не было и результатомъ дикости, непрерывной грубости нрава. Это не было также пресыщеніе, вызванное долговременнымъ владѣніемъ и вызывающее отвращеніе и ненависть. Дѣянія, въ которыхъ мужъ обвиняется, вполнѣ совмѣстимы съ дружелюбнымъ отношеніемъ, съ наличностью продолжающейся сильной привязанности, мало того, даже съ сильною страстью. Но существенная черта совершенныхъ мужемъ дѣяній заключается въ томъ, что они обнаруживаютъ большую возбудимость темперамента, необузданную страстность, выражающуюся по временамъ въ насильственныхъ дѣйствіяхъ надъ личностью жены и вызывающія опасенія, что причиненіе страданія повторится **).

Факты, переданные въ рѣшеніи по этому дѣлу, сами по себѣ весьма интересны. Въ теченіе зимы 1813—1814 г. лэди Уэстмисъ была беременна, и тогда произошелъ фактъ насилія надъ ея личностью, о которомъ свидѣтельница-служанка показываетъ слѣдующее. За мѣсяцъ до разрѣшенія отъ бремени лордъ Уэстмисъ позвалъ свидѣтельницу около 4 час. утра къ лэди Уэстмисъ. Когда свидѣтельница пришла, лэди Уэстмисъ лежала въ

*) Holden v. Holden (1810). Bishop, p. 378. Browning, p. 86. Dixon, p. 101.

**) Westmeath v. Westmeath (1827). Bishop, p. 379. Browning, p. 87—88 прим. Dixon, p. 122.

кровати, а лордъ стоялъ одѣтымъ. Она спросила лэди, не чувствуетъ ли она себя плохо. Лэди отвѣтила: нѣтъ, но лордъ билъ ее, толкнулъ ее въ бокъ, и она опасается послѣдствій. На это лордъ Уэстмисъ замѣтилъ: но вѣдь вы, Эмилія (имя жены), вызвали меня на это. Лэди посмотрѣла на него, ничего не сказала и затѣмъ спросила свидѣтельницу, зачѣмъ она пришла. Свидѣтельница отвѣтила, что ее призвалъ лордъ. Лэди Уэстмисъ сказала, что она можетъ уйти. Къ этому свидѣтельница прибавила, что когда лордъ Уэстмисъ звалъ ее, онъ казался очень испуганнымъ. Итакъ, правдивость обвиненія доказана собственнымъ признаніемъ лорда, его замѣчаніемъ: вы вызвали меня на это. Вѣрно также, что когда онъ это сдѣлалъ, онъ самъ былъ испуганъ и позвалъ служанку. Какъ необузданны должны быть страсти мужа, который за мѣсяцъ до первыхъ родовъ жены можетъ быть подвигнутъ на столь тяжкое оскорбленіе. Не нужно никакихъ опредѣленій понятія жестокости для того, чтобы признать актъ въ данномъ случаѣ жестокимъ въ крайней степени. «Вы вызвали меня на это»,—никакой вызовъ не можетъ ни оправдать, ни смягчить этого дѣйствія.

Такимъ образомъ субъективные мотивы не могутъ служить для оправданія насильственныхъ дѣйствій или угрозъ, но они разумѣется не лишены значенія при обсужденіи вопроса, можно-ли опасаться ихъ повторенія.

ГЛАВА VII.

Жестокое обращеніе (продолженіе).

Подъ жестокое обращеніе подходитъ сообщеніе заразительной болѣзни, плеваніе въ лицо, публичное оскорбленіе.—Отношеніе суда къ оскорбительнымъ дѣйствіямъ и словамъ зависитъ отъ того, къ какому классу общества принадлежатъ супруги.—Нравственныя истязанія, вліяющія на здоровье, подводятся подъ жестокое обращеніе.—Искъ о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія существовалъ и въ Россіи.—Онъ былъ замѣненъ искомъ о разлученіи по этой же причинѣ.—Въ XIX в. жестокое обращеніе становится уголовнымъ преступленіемъ, караемымъ ссылкой, при которой бракъ расторгается по желанію невиннаго супруга.—Ослабленіе кары по уложенію о наказаніяхъ устраняетъ возможность развода или разлученія вслѣдствіе жестокаго обращенія.—Отводъ о провокаціи (вызывающихъ дѣйствіяхъ со стороны жены).—На первобытныхъ ступеняхъ культуръ жестокое обращеніе жены съ мужемъ влечетъ за собою осрамительное наказаніе.—Современный законъ и судъ одинаково охраняютъ неприкосновенность мужа и жены.—Жестокое обращеніе по нашему уставу иностранныхъ исповѣданій, Польскому положенію и римскому праву.—

Изъ замѣчаній лорда Стоэля мы уже видѣли *), что подъ жестокое обращеніе подходитъ не одно лишь насиліе и угроза

*) См. выше, стр. 161.

имъ, но все то, что вліяетъ и можетъ вліять на здоровье обиженнаго супруга. Поэтому, напримѣръ, сюда подходитъ сообщеніе заразительной болѣзни, если сообщившій ее зналъ о заразительности болѣзни *); въ такихъ случаяхъ невѣдѣніе должно быть доказано супругомъ, являющимся виновникомъ заразительной болѣзни. Бельгійскій судъ подводитъ сообщеніе заразительной болѣзни подъ тяжкое оскорбленіе, предусмотрѣнное 231 ст. Code civile, и признаетъ этотъ фактъ достаточнымъ основаніемъ для развода, если мужъ зналъ о заразительности болѣзни. Въ одномъ рѣшеніи сказано: если даже можетъ быть допущено мнѣніе, что сообщеніе венерической болѣзни мужемъ женѣ не всегда и не безусловно является основаніемъ для развода, оно является однако таковымъ, когда мужъ зналъ, что онъ боленъ, и въ особенности когда онъ, какъ это установлено многими свидѣтелями, отличался распутствомъ и слѣдовательно не могъ оставаться въ невѣдѣніи ни о причинѣ, ни о важности той болѣзни, которою онъ пораженъ. Фактъ этотъ пріобрѣтаетъ еще болѣе важное значеніе, если принять во вниманіе общественное положеніе заинтересованныхъ лицъ, воспитаніе, полученное пострадавшею, а также ужасныя послѣдствія для ея здоровья и здоровья ребенка, котораго она родила.

У насъ эти дѣянія предусматриваются 854 ст. уложенія и 103 ст. уст. о наказ. Въ самомъ худшемъ случаѣ такія дѣянія подвергаютъ виновнаго 3 мѣсячному заключенію въ смирительномъ домѣ и не могутъ, слѣдовательно, даже въ случаѣ признанія виновности супруга, освободить отъ него другого супруга. Въ нашей судебной практикѣ, судя по рѣше-

*) Browning, p. 95.

ніямъ сената, былъ одинъ такого рода случай, кончившійся оправданіемъ мужа. Это было дѣло о студентѣ медико-хирургической академіи Николаѣ Дмитріевѣ, судившемся по обвиненію въ зараженіи жены своей сифилитическою болѣзнью и жестокомъ съ нею обращеніи *).

Нанесеніемъ физическаго вреда здоровью или угрозой дѣйствіями такого рода не исчерпывается жестокое обращеніе, по мнѣнію англійскаго суда, и уже консисторскій судъ подводитъ подъ это понятіе символическую обиду—плеваніе въ лицо и даже оскорбленіе словомъ при извѣстныхъ условіяхъ. Плеваніе въ лицо, говоритъ докторъ Лешингтонъ, не можетъ быть терпимо даже въ низшихъ кругахъ общества. Тѣмъ преступнѣе, тѣмъ оскорбительнѣе для чувствъ жены, когда подобная обида наносится въ кругу, привыкшемъ къ приличному обращенію. Трудно себѣ представить, чтобы мужъ, который отнесся столь пренебрежительно къ чувствамъ жены въ обращеніи съ нею, который оказался столь грубымъ, столь непорядочнымъ человѣкомъ, чтобы онъ, будучи въ возбужденномъ состояніи, оставался въ предѣлахъ закона и чтобы тѣлесная неприкосновенность жены при его необузданности была обезпечена. Угрозы оскорбленія дѣйствіемъ признаны достаточными для того, чтобы оправдать разлученіе. Я держусь того мнѣнія, что подобное оскорбленіе (плеваніе) болѣе чѣмъ равносильно угрозамъ, ибо оно свидѣтельствуетъ о такой злостности, для которой нуженъ только случай, чтобы проявиться въ дѣйствіяхъ, могущихъ оказаться болѣе опасными для личности жены, чѣмъ плевокъ, но которыя не могутъ превзойти этой обиды въ низости. Нельзя утверждать, что

*) Рѣш. Угол. Кас. Деп. за 1867 г. № 66.

такихъ послѣдствій нечего опасаться, если доказано, какъ въ данномъ случаѣ, что мужъ предполагалъ, хотя и совершенно напрасно, что такой поступокъ не подлежитъ преслѣдованію со стороны закона, ибо тѣ, которые способны дойти до крайнихъ предѣловъ, указанныхъ закономъ, способны перешагнуть эти предѣлы, которыхъ они не переступаютъ лишь изъ страха, а не по чувству долга *). Брань и ругательства по адресу жены на улицѣ признаны были англійскимъ судомъ возмутительною жестокостью, въ виду того, что оскорбительныя выраженія мужа привели къ тому, что прохожій принялъ ее за проститутку и сдѣлалъ ей неприличное предложеніе.

По отношенію къ словамъ и даже дѣйствіямъ, не причиняющимъ физическаго вреда, отличающимся оскорбительнымъ характеромъ, англійскій судъ обращаетъ вниманіе на среду, въ которой вращаются супруги, на уровень ихъ умственнаго и нравственнаго развитія. Въ дѣлѣ Ивансъ лордъ Стоэль высказалъ: Ударъ, нанесенный однимъ лицомъ другому, въ низшихъ классахъ общества и въ высшихъ классахъ не можетъ быть обсуживаемъ одинаково. Въ низшихъ классахъ удары по временамъ наносятся супругами, которые вообще живутъ счастливо и не обнаруживаютъ желанія расходиться; среди людей, отличающихся грубыми привычками, подобныя дѣйствія случаются столь-же часто, сколько грубыя и бранныя слова; бранное слово и ударъ сопровождаютъ другъ друга. Тѣмъ не менѣе даже въ самыхъ низшихъ классахъ нанесеніе удара женщинѣ считается чѣмъ то недостойнымъ для мужчины. Поэтому, если джентльменъ, человѣкъ, получившій воспитаніе, которое должно смягчать нравы и истребить звѣр-

*) Saunders v. Saunders (1846) Browning, p. 100, прим.

ство, если аристократъ высокаго ранга и древняго рода наноситъ оскорбленіе дѣйствіемъ своей женѣ, избранницѣ по чувству, другу его сердца, матери его потомства, то подобное поведеніе является столь позорнымъ для него, столь унизительнымъ и оскорбительнымъ для жены, что дѣйствія его получаютъ болѣе жестокій и возмутительный характеръ *).

Такъ какъ по 700 § прусскаго кодекса тяжкія оскорбленія чести могутъ быть признаны основаніями развода, то въ виду соображеній, однородныхъ съ тѣми, которыя только что приведены, въ 701 § постановлено, что по причинѣ словесныхъ оскорбленій или угрозъ, или вслѣдствіе дѣйствій, имѣющихъ лишь оскорбительный характеръ, люди низшаго сословія не должны быть разведены. Хотя законъ повидимому имѣлъ въ виду сословныя различія, но суды косвенно истолковали его въ смыслѣ фактическаго различія по степени образованія. Въ одномъ изъ новѣйшихъ рѣшеній сената говорится, что суды не вправѣ руководствоваться опытомъ, пріобрѣтеннымъ изъ наблюденій надъ большинствомъ лицъ того класса, къ которому принадлежитъ данная супружеская чета. Они обязаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ознакомиться съ житейскими условіями, воспитаніемъ, полученнымъ образованіемъ и изъ этихъ данныхъ сдѣлать выводъ объ образѣ мыслей и чувствительности супруговъ **).

Американскіе судьи относятся недружелюбно къ теоріи, по которой брань, ругательства и сквернословіе должны оставаться безнаказанными среди супруговъ, принадлежащихъ къ низшимъ классамъ. Такое заключеніе можно вывести изъ со-

*) Evans v. Evans. (1790). Bishop., p. 384. Browning., p. 85.
**) Bolz. B. VII № 671. Zürn. Das Preus. Eherecht (1894). S. 148.

ображеній, высказанныхъ судьею Паркеромъ по одному дѣлу, разбиравшемуся въ Нью-Іоркѣ. Было, говоритъ этотъ судья, предъявлено возраженіе, что грубо-неприличныя рѣчи, сказанныя мужемъ о женѣ и самой женѣ, должны быть обсуждаемы снисходительно и даже извинены въ виду того, что супруги вращаются въ кругѣ общества съ менѣе утонченными нравами, чѣмъ тѣ, которые господствуютъ въ культурныхъ слояхъ. Но я отвергаю примѣненіе такого правила къ настоящему случаю. Приличіе обязательно для всѣхъ слоевъ общества и ни въ одномъ изъ нихъ оно не выработано болѣе тщательно и не соблюдается болѣе строго, чѣмъ среди нашихъ почтенныхъ фермеровъ. Человѣческое сердце одинаково на всѣхъ ступеняхъ общества. Изъ него исходитъ, какъ въ низшихъ, такъ и въ высшихъ слояхъ та любовь, которая окружаетъ семейный очагъ мягкостью и добродушіемъ. Деликатность чувства есть такое-же достояніе коттеджей, какъ и дворцовъ. Умъ можетъ быть развитъ знаніемъ, нравы утончены въ избранномъ обществѣ, но глубина чувства рѣдко усиливается вслѣдствіе соприкосновенія съ культурнымъ обществомъ. Въ своей прирожденной чистотѣ люди, принадлежащіе къ классу фермеровъ, избѣгаютъ всякихъ проявленій безстыдства въ словѣ и дѣлѣ. Недостатокъ культуры можетъ служить извиненіемъ для неизящнаго или даже грубаго выраженія, но онъ нисколько не можетъ оправдать безстыднаго поведенія или непотребныхъ рѣчей *).

Наконецъ, нравственныя истязанія и мученія, хотя и не обнаруживающіяся въ оскорбительныхъ по внѣшней формѣ дѣйствіяхъ, въ свою очередь, могутъ быть признаны жестокимъ

*) Whispel v. Whispel. Bishop, p. 385.

обращеніемъ, достаточнымъ для разлученія супруговъ. По дѣлу Келли выяснилось, что мужъ лишилъ жену роли хозяйки, отнялъ у нея право производить какіе либо домашніе расходы. Во время прогулокъ ее провожалъ лакей, который обязанъ былъ слѣдить за нею. Мужъ не обѣдалъ съ нею, спалъ отдѣльно и не проводилъ ни одной части дня въ ея обществѣ. Безъ занятій, безъ общества, жизнь этой леди была немного лучше жизни узника, тишина которой прерывалась по временамъ только упреками со стороны мужа. При такихъ условіяхъ она перестала ѣсть, едва спала и нервы ея оказались настолько потрясенными, что медики опасались серьезнаго разстройства ума. Судъ постановилъ разлучить супруговъ, причемъ лордъ Пензенсъ высказалъ слѣдующее: Разсматривая, говоритъ онъ, насколько данный случай требуетъ вмѣшательства суда, не слѣдуетъ останавливаться на одномъ какомъ-либо фактѣ, безъ связи съ другими. Ни объ одномъ изъ дѣйствій, здѣсь разсмотрѣнныхъ, нельзя сказать, что мужъ не имѣетъ права его совершить. Руководящее значеніе въ данномъ случаѣ имѣетъ то положеніе, что дѣяніе должно угрожать здоровью и безопасности жены. Въ виду этого необходимо обратить должное вниманіе не только на степень опасности для здоровья, но и на тѣсную связь между здоровьемъ жены и данными дѣйствіями, насколько они установлены доказательствами. Необходимо далѣе, чтобы дѣйствія мужа, угрожавшія здоровью жены, были не только доказаны и ихъ послѣдствія выяснены, но чтобы и мотивы были разобраны и причины разсмотрѣны. Подводя итогъ всѣмъ этимъ даннымъ, судъ можетъ сообразить, насколько данный случай даетъ ему право постановить рѣшеніе о разлученіи *). Слѣдуетъ имѣть

*) Kelly v. Kelly (1869). Browning, p. 102—105.

въ виду, что ни одно изъ дѣйствій мужа, само по себѣ взятое, не могло считаться недозволеннымъ. Въ дѣлѣ Уэрингъ жена жаловалась на то, что мужъ запретилъ ей имѣть сношенія съ ея родными. Лордъ Стоэль не безъ колебанія допустилъ представленіе доказательствъ по этой части исковаго прошенія, причемъ онъ замѣтилъ: могутъ быть такія обстоятельства, которыя оправдываютъ подобное запрещеніе, и суду трудно судить объ основательности такого вторженія въ права жены (injunction). Хотя жена можетъ быть очень милою женщиною, но ея родные могутъ не быть ими, и могутъ быть достаточныя основанія для того, чтобы устранить общеніе ея съ ними *).

Англійскій судъ не признаетъ также жестокостью само по себѣ лишеніе жены права управлять хозяйствомъ. Я не могу, говорить лордъ Стоэль, называть жестокостью образъ дѣйствія джентльмена, который находитъ удобнымъ самому производить расплаты еженедѣльно по запискамъ; ибо я признаю, что жена дѣйствуетъ въ этомъ отношеніи не по прирожденному ей праву, но какъ замѣстительница мужа. И если мужъ невысокаго мнѣнія о хозяйственныхъ способностяхъ жены и настолько тщеславенъ, что имѣетъ лучшее мнѣніе о своихъ собственныхъ способностяхъ по этой части и предпочелъ взять въ свои собственныя руки производство еженедѣльныхъ расходовъ, я заявляю, что такой образъ дѣйствій не даетъ права вмѣшательства ни церковному, ни свѣтскому суду **). Точно также по рѣшенію германскаго суда не считается жестокою обидою, тяжкимъ оскорбленіемъ, по 700 § II т. тит. 1 прусск.

*) Waring. v. Waring. (1813). Bishop p. 391.
**) Evans v. Evans. (1790), Bishop, p. 391—392.

улож., что мужъ, принадлежащій къ высшимъ слоямъ промышленнаго класса, запретилъ женѣ всякое вмѣшательство въ домашнее хозяйство, самъ давалъ ключницѣ приказанія, даже относительно того, что и какъ варить; что онъ далъ своему кучеру строгій выговоръ за то, что онъ возилъ жену на прогулку и запретилъ ему запрягать лошадей по требованію жены *).

Изъ приведенныхъ выше данныхъ видно, что англійскій судъ успѣлъ подвести подъ понятіе о жестокомъ обращеніи все то, что признается причиною развода по 231 ст. Code civile, т. е. не только жестокость (saevitia, sevices) и насилія, но и тяжкія оскорбленія (injures graves).

Въ pendant къ рѣшеніямъ англійскихъ судовъ, я приведу рѣшеніе одного изъ американскихъ судовъ по дѣлу, производившемуся въ 1849 г. Оно любопытно и въ томъ отношеніи, что выражаетъ взглядъ американцевъ на порядки, господствовавшіе въ то время (до 1857 г.) въ Англіи по бракоразводнымъ дѣламъ. Сущность дѣла заключалась въ слѣдующемъ. Истица, женщина 22 лѣтъ, требовавшая развода, вступила въ бракъ съ отвѣтчикомъ, старикомъ 60 лѣтъ. Послѣ 4-мѣсячной совмѣстной жизни онъ вбилъ себѣ въ голову, безъ всякаго основанія, что жена ему измѣняетъ. Въ различныхъ случаяхъ онъ употреблялъ бранныя выраженія, ругалъ ее проституткой, обвинялъ ее въ преступныхъ сношеніяхъ съ однимъ молодымъ человѣкомъ. Эту клевету онъ распространялъ и среди постороннихъ лицъ. Онъ позволилъ себѣ также по отношенію къ истицѣ, по различнымъ поводамъ, насильственныя дѣйствія: тыкалъ кулакомъ ей въ лицо, сопровождая эти дѣйствія грубыми словами,—въ одномъ случаѣ онъ схватилъ

*) Urteil Civilsen. 24 Februar 1887. Hergenhahn, S. 104.

ее насильно за руку съ цѣлью выпроводить ее. Въ опредѣленіи по этому дѣлу сказано: адвокатъ отвѣтчика цитировалъ нѣсколько англійскихъ рѣшеній, съ цѣлью доказать, что приведенные факты не могутъ служить основаніемъ развода. Въ этихъ рѣшеніяхъ будто-бы проводится та мысль, что требуются дѣйствительныя жестокости. Есть дѣйствительно нѣсколько пунктовъ разногласія между дѣйствующими въ Англіи и Америкѣ правилами о разводѣ. Напримѣръ, въ Англіи адюльтеръ можетъ быть лишь основаніемъ для разлученія, но не развода,—показаніе одного свидѣтеля, не подкрѣпленное другими данными, недостаточно для того, чтобы признать фактъ доказаннымъ; по старымъ англійскимъ законамъ, а можетъ быть и по современнымъ, мужъ вправѣ наказывать жену за провинности. Канцлеръ Уолворсъ правильно замѣтилъ о тѣлесныхъ наказаніяхъ, что ни одна цивилизованная страна не уполномочиваетъ на употребленіе такихъ наказаній. Этимъ онъ не хотѣлъ сказать, что Англія не цивилизованная страна, но указалъ лишь, что нѣкоторые анормальные остатки варварства прилипли къ ея юриспруденціи. Я предполагаю поэтому, что для иска о разлученіи въ Англіи требуются болѣе рѣзкіе факты оскорбительнаго свойства, чѣмъ въ Америкѣ. Но поскольку дѣло касается настоящаго случая, правила, господствующія въ обѣихъ странахъ, одни и тѣ-же: и по англійскимъ законамъ не требуется нѣсколькихъ актовъ жестокости. Одинъ актъ вполнѣ достаточенъ, если судъ можетъ умозаключить изъ него, что жена вправѣ опасаться въ будущемъ физическаго страданія. Не требуется, чтобы жена оказалась совершенно безупречной. Угрозы насиліемъ, когда не предстоитъ опасности физической боли, недостаточны, но если разъ только употреблено насиліе, то не можетъ быть рѣчи о безо-

пасности жены. Въ этомъ-же судѣ было постановлено рѣшеніе о разводѣ вслѣдствіе того, что мужъ, обвиняя жену въ адюльтерѣ, заперъ ее на ключъ. Сквернословіе и брань сами по себѣ недостаточны для развода, но они въ свою очередь свидѣтельствуютъ о томъ, что положеніе жены не безопасно. Таковы дѣйствующія правила,—ихъ слѣдуетъ только примѣнить къ настоящему случаю. Мужъ ревнивъ, онъ обзываетъ жену проституткой, обвиняетъ ее предъ посторонними людьми въ адюльтерѣ, и все это, какъ оказалось, безъ всякаго основанія. Тотъ молодой человѣкъ, имя котораго упоминалось, едва знакомъ съ женою. На допросѣ онъ показалъ, что она сдержанная, скромная женщина. Ревность мужа вызываетъ въ немъ припадки бѣшенства,—все это происходитъ вскорѣ послѣ свадьбы. Ревность одна изъ сильнѣйшихъ страстей, дѣйствующихъ на человѣка, и ни одна жена не могла-бы считать себя безопасною при обвиненіяхъ въ адюльтерѣ, сопровождаемыхъ припадками бѣшенства и угрозами насилія. Независимо отъ этого, въ данномъ случаѣ представлены доказательства фактически произведеннаго насилія. Долженъ быть постановленъ разводъ, съ обязательствомъ уплаты судебныхъ издержекъ. Такъ какъ съ мнѣніемъ судьи согласился судъ въ полномъ составѣ, то апелляція не можетъ быть допущена *).

Въ видѣ обломка существовавшаго въ Россіи разлученія вслѣдствіе жестокаго обращенія, помимо уголовнаго суда, сохранилось теперь еще право женъ лицъ, переселяемыхъ по приговорамъ обществъ, просить о разлученіи ихъ съ мужьями *по жестокому съ ними обращенію*. Такія просьбы, по новой редакціи уст. о ссыльн., подлежатъ разсмотрѣнію миро-

*) Atkins. v Atkins. Bishop, p. 374—375.

выхъ съѣздовъ, а женъ лицъ сельскаго состоянія—разсмотрѣнію волостнаго суда *).

Есть и прямыя указанія на существованіе въ Россіи въ прежнія времена гражданскаго иска о разлученіи вслѣдствіе жестокаго обращенія. Я говорю о дѣлѣ Салтыковыхъ, производившемся въ 1723 г. Супруги Салтыковы, Василій и Александра, просили развода у синода по обвиненію мужа въ жестокомъ обращеніи и блудной жизни, а мужемъ жены въ непокорности къ нему и въ прелюбодѣяніи. Синодъ опредѣлилъ дать Салтыковымъ временный разводъ, а не совершенный, т. е. быть имъ лишенными супружескаго сожитія, другимъ бракомъ отнюдь не сочетаваться и въ этомъ временномъ разводѣ пребывать дотолѣ, пока оба не смирятся и купно жить не восхотятъ. Обвинительные пункты, предъявленные обѣими сторонами, синодъ нашелъ недостаточными для совершеннаго развода. Въ Кормчей книгѣ, говоритъ синодъ, нѣтъ правила, чтобы расторгать бракъ за побои мужьями женъ своихъ; обвиненія Салтыковою мужа своего въ прелюбодѣяніи болѣе основываются на слухахъ, которые не принимаются въ разсужденіе при рѣшеніи дѣлъ. Непокорность жены не можетъ служить поводомъ къ разводу, а факты, представленные Салтыковымъ въ доказательство связи его жены съ княземъ Шейдяковымъ, недостаточны, ибо голословны **). Хотя и въ указѣ 7 апрѣля 1798 г. между причинами, по которымъ жена можетъ просить развода, значится развратная жизнь и жестокіе поступки съ нею мужа, но именно въ виду того, что рядомъ съ жестокимъ обращеніемъ упоминается и развратная жизнь, которая сама по себѣ могла служить основаніемъ развода,

*) Т. XIV уст. ссыльн., изд. 1890 г. ст. 255, 258.

**) Описаніе докумен. и дѣлъ, хранящ. въ архивѣ св. прав. синода, т. I (1542—1721) стр. 69. Загоровскій, стр. 351.

факты жестокаго обращенія вовсе игнорировались и перестали играть роль самостоятельной причины развода. Въ болѣе раннія времена, они несомнѣнно служили достаточнымъ основаніемъ развода, какъ видно изъ свидѣтельства Котошихина. «И буде, говоритъ онъ, которая жена бываетъ противна, побой мужа и мученія не стерпитъ, жалуется сродичамъ своимъ, что онъ съ нею живетъ не въ совѣтѣ и бьетъ и мучитъ, и тѣ сродичи на того человѣка бьютъ челомъ патріарху, или большимъ властемъ, и по тому челобитью власти велятъ сыскать дворовыми людми и сосѣдми, по душамъ ихъ: и будетъ тому есть правда, и того человѣка сошлютъ въ смиреніе, въ монастырь, на полгода или на годъ, а жена его останется въ дому; и какъ урочные мѣсяца въ монастырѣ отсидитъ, или до того времени жена объ немъ учнетъ бить челомъ, чтобы былъ свобoженъ, и его освободятъ и велятъ ему съ нею жить по закону; буде и того не послушаетъ и ихъ разведутъ» *). Слѣдуетъ думать, что впервые положеніе о невозможности иска въ гражданскомъ судѣ, т. е. въ данномъ случаѣ въ духовномъ, о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія выставлено учрежденнымъ Петромъ Великимъ синодомъ, допустившимъ, какъ мы видѣли выше, разлученіе супруговъ по этой причинѣ.

Въ теченіе всего XVIII в. разлученіе вслѣдствіе жестокаго обращенія, какъ видно изъ дѣлъ, приведенныхъ у проф. Загоровскаго, санкціонировалось церковнымъ судомъ, хотя и не декретировалось имъ. «1768 г. іюня 11 жена московскаго купца Михаила Морозова Татіана Данилова... жа-

*) Котошихинъ. О Россіи въ царствованіе Алексѣя Михайловича, гл. XIII ст. 10. Неволинъ. Истор. рос. гр. зак. ч. I, стр. 80.

ловалась на мужа, что онъ пьянствуетъ, бьетъ ее мучительски и похваляется убить ее до смерти, и приводила свидѣтелей... Консисторія потребовала мужа къ допросу. 13 іюля оба они подали прошеніе въ консисторію о прекращеніи ихъ бракоразводнаго дѣла по взаимному согласію, съ тѣмъ, чтобы ей впредь на онаго мужа своего по оному дѣлу суда не производить и за имѣющеюся у нея Татьяны животною болѣзнію, оставить ее нынѣ отъ супружескаго сожитія по той ея болѣзни свободною, пока они не примирятся, и имѣть жительство ей Татьянѣ у родственниковъ ея, или гдѣ она пожелаетъ и жить въ чистотѣ, какъ христіанскій законъ повелѣваетъ, на что и онъ Морозовъ свою жену по ея животной болѣзни отъ супружескаго житія, дондеже не примирится, увольняетъ; жительство же они оба обязуются по смерть свою имѣть безбрачно. Консисторія, по выпискѣ къ коринѳ. посланія гл. VII ст. 10 и 11, аще ли разлучится, да пребываетъ безбрачна, или да смирится съ мужемъ... Кормчей пр. 102... Опредѣлила: оному купцу Морозову и женѣ его Татьянѣ Даниловой порознь, до примиренія своего къ супружеству, жительство въ надлежащемъ христіанскомъ цѣломудріи имѣть по ихъ самихъ о томъ требованію дозволить, а во второй бракъ имъ обоимъ ни подъ какимъ видомъ, подъ опасеніемъ поступленія съ ними яко съ прелюбодѣями, не вступать; о чемъ обязать ихъ отъ консисторіи подписками, и духовнымъ ихъ отцамъ также и приходскимъ по жительству ихъ священникамъ объявить о томъ въ консисторіи по надлежащему безъ упущенія».

Въ 1776 г. производилось дѣло о жестокомъ обращеніи ученика московской суконной фабрики Петра Герасимова и его родителей съ женою его Анною. Анна просила оставить ее безбрачною и дозволить ей жить у родственниковъ. Пре-

освященный предписалъ увѣщевать мужа и жену духовникамъ ихъ, чтобы имѣли между собою, по закону супружества, согласное и любовное въ совокупности житіе. Духовники донесли (1777 г. мая 2), что оба они не согласны къ совокупному сожитію. Преосвященный предписалъ консисторіи учинить разсмотрѣніе въ силу законовъ... Герасимовъ соглашался взять Иванову... Иванова не соглашалась жить съ мужемъ... Консисторія опредѣлила: сдѣлать имъ еще въ собраніи консисторскомъ увѣщаніе, а затѣмъ ежели останутся непреклонными, то, по силѣ упомянутаго правила, остаться имъ навсегда безбрачными, и чтобы они во второй бракъ впредь не вступали, обязать ихъ подписками *).

Съ конца XVIII вѣка жестокое обращеніе перестаетъ быть поводомъ не только развода, но и разлученія по русскимъ законамъ **) Такое отношеніе къ гражданскому иску о разводѣ или разлученіи вслѣдствіе жестокаго обращенія было по всей вѣроятности разультатомъ того, что жестокое обращеніе въ видѣ тяжкихъ побоевъ, ранъ и увѣчій наказывалось, какъ уголовное преступленіе, ссылкой, при которой женамъ осужденныхъ давалось, согласно указу 1753 г., разрѣшеніе выходить снова замужъ, если онѣ захотятъ. Въ уложеніи о наказаніяхъ 1845 г. спеціально предусмотрѣно жестокое обращещеніе съ женою; согласно 2075 ст. этого уложенія, за жестокое обращеніе съ женою, обстоятельствами доказанное, особливо въ случаѣ нанесенія ей увѣчій или ранъ, мужъ по жалобѣ супруги или ея родителей подвергается наказаніямъ, вообще опредѣленнымъ за тяжкіе побои, раны или увѣчья съ

*) Загоровскій, стр. 349—350.
**) Неволинъ, ч. I стр. 260.

возвышеніемъ ихъ двумя степенями, т. е. въ большинствѣ случаевъ къ ссылкѣ. Какъ указываетъ Любавскій, дореформенные суды, признавъ мужа виновнымъ въ жестокомъ обращеніи съ женою, вмѣстѣ съ тѣмъ освобождали жену отъ обязанности имѣть съ мужемъ сожитіе или воспрещали мужу въѣздъ въ имѣніе жены, по отбытіи имъ наказанія *). Такія особыя опредѣленія со стороны суда требовались конечно лишь въ случаяхъ, когда наказаніе, къ которому присуждался мужъ, не давало женѣ права требовать расторженія брака.

Въ уложеніи о наказаніяхъ изд. 1866 г. 1583 ст. была перепечаткой прежней 2075 ст. Только по продолженію 1872 г. редакція этой статьи измѣнена, согласно состоявшемуся объ этомъ предметѣ мнѣнію государственнаго совѣта отъ 26 апрѣля 1871 года. Въ ней выброшенъ терминъ «жестокое обращеніе» и слова «особливо въ случаѣ». Если до измѣненія редакціи статьи подъ жестокимъ обращеніемъ можно было разумѣть и нанесеніе легкихъ побоевъ, то при новой редакціи такое толкованіе, какъ призналъ и сенатъ въ рѣшеніи за 1871 г. № 1353, невозможно. Въ нынѣшней редакціи 1583 статья гласитъ: за нанесеніе женѣ увѣчья, ранъ, тяжкихъ побоевъ или иныхъ истязаній или мученій виновные подвергаются»... и т. д. «Тѣмъ же наказаніямъ и на томъ же основаніи подвергается и жена, которая, пользуясь слабостью своего мужа, дозволитъ себѣ нанести ему раны, увѣчье, тяжкіе побои или иное истязаніе или мученіе»... Едва-ли слѣдуетъ сожалѣть о смягченіи уголовнаго наказанія за жестокое обращеніе съ женами, не сопровождающееся увѣчьями, тяжкими побоями и т. д., какъ это дѣлаетъ Н. А. Неклю-

*) Юрид. Вѣстн. 1871, VI. Загоровскій, стр. 450.

довъ *), хотя бы вслѣдствіе этого и устранена была возможность развода или разлученія для женъ по поводу жестокаго обращенія, сопровождающагося нанесеніемъ легкихъ побоевъ. Далеко не всякое жестокое обращеніе съ женою заслуживаетъ ссылки въ Сибирь, хотя оно и должно бы повлечь за собою расторженіе брачнаго союза между данными лицами. При существованіи суда присяжныхъ такая кара за жестокое обращеніе съ женою была бы въ большинствѣ случаевъ только призрачною. Нравственный уровень развитія среды, изъ которой вербуются присяжные, часто приводитъ къ безнаказанности мужей даже при нанесеніи тяжкихъ побоевъ. У покойнаго Оршанскаго приведено въ видѣ примѣра дѣло, разбиравшееся въ Тульскомъ окружномъ судѣ въ 1870 г. Жалоба жены вполнѣ подтвердилась; показанія свидѣтелей, 22 шрама на тѣлѣ и пріобрѣтенная падучая болѣзнь говорили въ пользу обвиненія, но присяжные-крестьяне оправдали обвиняемаго **).

И европейскіе суды, въ особенности англійскіе, не считаютъ себя вправѣ вмѣшиваться въ семейныя дрязги и не находятъ нужнымъ играть роли Провидѣнія въ семейной жизни и даже устранять неудобства, сопряженныя съ неудачно сложившимися почему либо браками. Случаи, по которымъ допускается разлученіе, должны быть, по мнѣнію лорда Стоэля, важные, и такого свойства, что убѣждаютъ судъ въ совершенной невозможности выполненія обязанностей брачной жизни. Въ состояніи личной опасности никакія обязанности не могутъ быть выполняемы, ибо обязанность самосохраненія занимаетъ первенствующее мѣсто. То, что возмущаетъ только нравственное чувство

---

*) Руководство. III (1878), стр. 175.

**) Оршанскій. Изслѣдованія по русскому праву обычному и брачному, стр. 350.

и не сопровождается страданіемъ, дѣйствительнымъ или вѣроятнымъ, можетъ быть признано жестокимъ обращеніемъ только въ немногихъ случаяхъ. Одна суровость нрава, грубость рѣчи, недостатокъ внимательности, даже случайныя вспышки страстей, если онѣ не угрожаютъ страданіемъ, не могутъ быть признаваемы жестокимъ обращеніемъ. При такомъ дурномъ нравѣ, невинная сторона должна стараться устранить проявленія его обходительностью до извѣстной мѣры или благоразумнымъ подчиненіемъ, а если это не можетъ быть достигнуто, молчаливо терпѣть. Ибо обязательство, заключенное супругами, состоитъ въ томъ, чтобы дѣлить радость и горе и какъ бы ни было тяжело исполненіе этого долга, слѣдуетъ попытаться облегчить бремя сознаніемъ долга и притомъ первостепенной важности. И если скажутъ, что при бездѣйствіи суда много несправедливостей причиняется и много печальныхъ явленій порождается, отвѣтъ можетъ быть только тотъ, что судьи не претендуютъ на то, чтобы устранить всѣ непріятности семейной жизни. Они даютъ защиту или караютъ лишь крупное нарушеніе обязанностей, но они не идутъ далѣе этого. Они не могутъ сдѣлать людей добродѣтельными, и такъ какъ благополучіе людей зависитъ отъ ихъ нравственныхъ свойствъ, то должно быть много прискорбныхъ явленій, которыхъ человѣческіе законы не въ состояніи устранить. Могутъ быть случаи, когда недозволеніе пользоваться каретой или прислугой является весьма нехорошимъ поступкомъ; такіе факты могутъ быть крайне неприличными, свидѣтельствовать о дурномъ характерѣ мужа, но церковный судъ не можетъ обращать вниманія на подобныя вещи. Великія цѣли брака могутъ быть достигнуты и безъ этого, и если люди хотятъ ссориться изъ-за такихъ вещей, что они могутъ дѣлать во многихъ случаяхъ съ боль-

шимъ ожесточеніемъ и по временамъ даже съ достаточнымъ основаніемъ, они должны разрѣшать эти споры такъ, какъ могутъ, въ своемъ собственномъ домашнемъ судѣ *). Отъ этихъ воззрѣній англійскій судъ не отступаетъ и въ настоящее время. Въ рѣшеніи по иску о разводѣ изъ-за того, что мужъ въ пьяномъ видѣ дозволялъ себѣ оскорбительныя выраженія по отношенію къ женѣ, лордъ Пензенсъ сказалъ: Да будетъ вѣдомо всѣмъ, что судъ не имѣетъ ни права, ни желанія вмѣшиваться въ несогласіе супруговъ, не подходящихъ другъ къ другу по характеру и устранять неудобства, порождаемыя въ семейной жизни такимъ порокомъ, какъ пьянство **).

Кромѣ отвода о прощеніи, противъ иска о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія можетъ быть предъявлено возраженіе, что оно вызвано дѣйствіями жены. Допустимость этого отвода сильно оспаривается. Многими рѣшеніями бельгійскихъ, а также французскихъ судовъ, постановленными какъ въ періодъ времени до отмѣны правилъ кодекса о разводѣ, такъ и въ настоящее время, по возстановленіи ихъ, установлено, что взаимность обидъ не представляетъ отвода и что напротивъ такая взаимность служитъ только лишнимъ доказательствомъ того, что совмѣстная жизнь стала невозможной ***).

Англійскіе суды, напротивъ, признаютъ указанное возраженіе достаточнымъ для устраненія иска о разлученіи со стороны жены. Если, говоритъ лордъ Стоэль, жалоба исходитъ отъ жены, то въ виду слабости ея организма, существуетъ презумпція, что она подверглась дурному обращенію безъ вины съ ея стороны. Возможно, однако, что она была нападающею

*) Evans v. Evans (1790) Bishop, p. 363—365, 366.
**) Browning, p. 90.
***) Coulon. Divorce (1890) III, p. 26, 27.

стороною и вызывающими дѣйствіями навлекла на себя то обращеніе, на которое она жалуется. Если это такъ, то она не можетъ прибѣгнуть къ правосудію: дурное обращеніе является послѣдствіемъ ея поведенія и средства къ предотвращенію дурнаго обращенія съ нею находятся въ ея собственныхъ рукахъ, — ей стоитъ только измѣнить свое поведеніе. Если бы законъ не относился съ осторожностью къ подобнымъ случаямъ, то онъ далъ бы женѣ возможность добиться рѣшенія въ свою пользу, когда она того пожелаетъ. Ей оставалось бы только вызвать дурное обращеніе дурнымъ поведеніемъ. Я не хочу этимъ сказать, что всякій случай неисполненія обязанностей со стороны жены долженъ повлечь за собою неумѣренное возмездіе со стороны мужа. Могутъ быть случаи дурного обращенія, хотя и вызванные женою, но чрезмѣрно отмщенные мужемъ; вслѣдствіе чего судъ, конечно, долженъ вмѣшаться. Но помимо этихъ случаевъ, должно быть признано общимъ правиломъ, что если образъ дѣйствій жены вызываетъ справедливое негодованіе мужа и можетъ оказаться небезопаснымъ для ея личности, она должна искать средства для исцѣленія вызваннаго ею зла въ измѣненіи собственнаго нрава. То, что должно быть признано жестокимъ обращеніемъ, если мужъ—нападающая сторона, можетъ быть оправдано или по крайней мѣрѣ извиняемо, если его дѣйствія имѣютъ характеръ оборонительной мѣры. Если жена даетъ первую пощечину, то хотя мужчина и не долженъ отвѣчать тѣмъ же, но законъ отнесется снисходительно къ вспыльчивости мужа при такомъ грубомъ и скандальномъ фактѣ. Очень трудно отвѣчать на пощечины, откуда бы онѣ ни исходили, одними словами *).

*) Waring v. Waring (1813). Browning, p. 107—108. Dixon, p. 111.

Право иска вслѣдствіе жестокаго обращенія принадлежитъ и мужу.

На раннихъ ступеняхъ культуры жестокое обращеніе жены съ мужемъ не предполагалось, считалось чѣмъ-то немыслимымъ, нарушающимъ обычный порядокъ вещей и преимущественно вызывало глумленіе надъ мужемъ и женой со стороны общества. По одной изъ старинныхъ вестфальскихъ уставныхъ грамотъ, мужъ, изгнанный женою изъ своего дома, долженъ приставить лѣстницу къ своему дому, сдѣлать дыру въ крышѣ и заколотить свой домъ. Затѣмъ онъ долженъ устроить выпивку для двухъ своихъ сосѣдей на золотой гульденъ *). Въ княжествѣ Фульда снимали, по приказанію придворнаго маршала, крышу съ дома, въ которомъ жена била мужа. Придворные служители шествовали торжественно на эту работу, неся знамя, на которомъ была изображена сцена побоевъ **).

По обычаю, записанному въ Санли (Senlis), въ 1375 г. побитаго женою мужа усаживали верхомъ на осла, съ лицомъ, обращеннымъ къ хвосту осла ***).

Въ Гессенѣ жена, нанесшая мужу оскорбленіе дѣйствіемъ, должна была проѣхать все село верхомъ на ослѣ, обращенная лицомъ къ хвосту и держа его въ рукахъ — мужъ былъ проводникомъ. Этотъ обычай существовалъ тамъ до конца XVIII вѣка ****). Въ Кюнгартѣ въ Средней Франконіи на холмѣ стоитъ дубъ съ висящей на немъ громадной палицей, кото-

---

*) Grimm. R. A. S. 724.

**) Weinhold, II, S. 6. Grimm, R. A. I, S. 724.

***) Le maris qui se laissent battre par leures femmes seront contrains et condempnez à chevauchier un asne, le visaige par devers la queue dudit asne. Michelet, p. 48.

****) Grimm. R. A. S. 722.

рая едва ли подъ силу одному мужчинѣ. Если жена побьетъ мужа въ этой мѣстности, то приносятъ палицу при всеобщемъ ликованіи къ двери этого дома и не забираютъ ее до тѣхъ поръ, пока супруги не помирятся. Затѣмъ мужъ обязанъ преподнести публикѣ бутылочку вина *).

Въ Англіи этотъ обычай назывался to ride skimmerton или to ride stang. Онъ продолжалъ существовать до XIX вѣка, но въ измѣненномъ видѣ. Такъ какъ мужъ и жена, конечно, всячески сопротивлялись тому, чтобы надъ ними былъ продѣланъ смѣхотворный обрядъ, то сосѣдъ ихъ изображалъ собою отсутствующаго мужа. Такъ происходило дѣло въ XVII вѣкѣ. Въ XVIII вѣкѣ этотъ обрядъ продѣлывался уже надъ кѣмъ бы то ни было, который долженъ былъ представлять собою мужа или жену. Въ мемуарахъ Гольберта разсказывается объ этомъ обычаѣ слѣдующее: Я только разъ былъ свидѣтелемъ его въ Норсенденѣ около 1790 года. Онъ былъ вызванъ тѣмъ, что Алиса Ивансъ побила своего мужа за нетрезвость. Сосѣди-мужья рѣшили наказать ее за это, опасаясь, чтобы ихъ собственныя жены не присвоили себѣ такой же власти. Они посадили поэтому кого-то, одѣтаго въ женское платье, на спину стараго осла, причемъ онъ держалъ прялку и былъ обращенъ лицомъ къ хвосту осла. Два человѣка водили осла чрезъ всю околицу, сопровождаемые толпою мальчишекъ и праздношатающихся, бьющихъ въ сковороды и тазы, дующихъ въ рожки и вообще производящихъ невообразимый шумъ и гамъ. По временамъ процессія останавливалась, и актеръ на ослѣ декламировалъ шуточные стихи въ честь героини событія **).

*) Weinhold. Frauen. II S. 5—6.
**) Liebrecht. Volkskunde (1879) S. 386—387.

Современный судъ не видитъ ничего смѣшнаго въ жестокомъ обращеніи жены съ мужемъ и относится къ такимъ дѣяніямъ довольно серьезно. Основанія, по которымъ судъ считаетъ возможнымъ вмѣшиваться въ такихъ случаяхъ, по мнѣнію лорда Пензенса, совершенно иныя, чѣмъ случаи дурного обращенія съ женою. Самое худшее въ данномъ случаѣ то, что мужъ можетъ наконецъ рѣшиться на самозащиту. Если мужчина вступаетъ въ бракъ съ женщиною, обладающей дурнымъ нравомъ, ему приходится считаться съ ея неблаговоспитанностью. Но въ ту минуту, когда она поднимаетъ руку на него, судъ долженъ вмѣшаться, ибо если онъ этого не сдѣлаетъ, то что же можетъ онъ сказать мужу, если впослѣдствіи окажется, что онъ вынужденъ былъ употребить насиліе для самозащиты *). Совершенно безразлично, чѣмъ бы оскорбленіе, нанесенное мужу женою, ни вызывалось, хотя бы и ревностью. Ревность, говоритъ лордъ Стоэль, такая же сильная страсть, какъ и всѣ другія страсти, и вызываетъ необходимость охраны неприкосновенности личности. Если эта неприкосновенность находится въ опасности вслѣдствіе порывовъ необузданнаго чувства, оно можетъ вызывать такія же послѣдствія, какъ и злоба. Женщины, которыя доводятъ себя до безразсудства, вслѣдствіе основательной или неосновательной ревности, должны помнить, что подсматриваніе за мужемъ дома или внѣ дома отнюдь не есть пригодное средство для того, чтобы привлечь къ себѣ кочующія симпатіи его, что напротивъ подобное поведеніе должно привести къ противоположному результату и гнать объектъ такого обращенія въ болѣе снисходительное общество. Слѣдуетъ имѣть въ виду,

*) Forth v. Forth (1867). Browning, p. 111. Dixon, p. 109.

что въ дѣлѣ, о которомъ идетъ рѣчь, жена изъ ревности царапала мужа и безпощадно ругалась *).

Жестокое обращеніе мужа съ женою можетъ служить оправданіемъ прелюбодѣянію съ ея стороны, если онъ своимъ обращеніемъ довелъ ее до того, что она искала защиты и утѣшенія въ объятіяхъ другого лица **).

Подобно всѣмъ законодательствамъ, основаннымъ на протестантскомъ брачномъ правѣ, и 251 ст. нашего уст. иностр. исповѣд. среди причинъ развода указываетъ на жестокое и угрожающее опасностью жизни обхожденіе, ругательства и иныя чувствительныя оскорбленія. При этомъ уст. иностр. исповѣд., въ видѣ временной мѣры, употребляетъ разлученіе супруговъ. Допускается также предъявленіе возраженія относительно вызывающихъ дѣйствій—провокаціи со стороны потерпѣвшаго супруга. «Жестокое обращеніе, говорится въ 283 ст., соединенное съ ругательствомъ, побоями или иными чувствительными оскорбленіями, даетъ невинностраждущей сторонѣ право просить о разводѣ, который однако же можетъ быть допущенъ въ такомъ только случаѣ, когда всѣ старанія о примиреніи супруговъ и, между прочимъ, временное для испытанія ихъ разлученіе будутъ напрасны. Если однако-же по слѣдствію окажется, что жалующаяся сторона своимъ дурнымъ поведеніемъ или злостью, или чѣмъ либо другимъ сама давала поводъ къ жестокому съ ней обращенію и даже возбуждала къ оному, то ей въ расторженіи брака отказывается».

Хотя 62 ст. польскаго положенія о брачномъ союзѣ гово-

*) Kirkman v. Kirkman (1807), Browning, p. 110. Dixon, p. 110. Bischop, p. 378.

**) Browning, p. 165.

ритъ лишь о жестокомъ обхожденіи одного супруга съ другимъ, не упоминая объ оскорбленіяхъ, слѣдуетъ однако думать, что оно разумѣетъ подъ этимъ не одни лишь физическія истязанія, мученія—saevitia, sevices, но, по примѣру 231 ст. Code civile, и тяжкія оскорбленія—injures graves.

Уже повелѣніемъ императора Θеодосія жестокое обращеніе было признано причиною, оправдывающей расторженіе брака, причемъ подъ жестокимъ обращеніемъ разумѣется почти все то, что подведено подъ это понятіе современными законодательствами, а именно посягательство на жизнь другого супруга посредствомъ яда, меча или другимъ однороднымъ путемъ, а также нанесеніе женѣ ударовъ, несоотвѣтствующихъ достоинству свободнорожденной или наложеніе женою руки на мужа (конечно, съ цѣлью удара) *). Дальнѣйшее римское законодательство сдѣлало въ этомъ отношеніи попятный шагъ, благодаря усилившейся грубости нравовъ. Нанесеніе мужемъ ударовъ женѣ безъ всякаго основанія по 117 новеллѣ (Юстиніана) признается недостаточнымъ основаніемъ для разрыва брачнаго союза. Если, сказано въ 14 гл. этой новеллы, мужъ нанесетъ женѣ удары бичемъ или палкой, то, не допуская расторженія брака по этому основанію и т. д., причемъ за посрамленіе жены безъ причины мужъ подвергается денежнымъ невыгодамъ **). Тѣмъ не менѣе посягательство на жизнь су-

*) L. 8. § 2, 3. Cod. de repud. 5, 17. Si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficientem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus 3 comprobare... По отношенію къ мужу—aut manus audaces sibi probaverit ingerentem.

**) Si quis autem propriam uxorem flagellis aut fustibus ceciderit sine aliqua causarum, quas contra uxores ad matrimonii solutionem suf-

пруговъ тѣмъ или инымъ путемъ продолжало оставаться достаточнымъ основаніемъ развода. Независимо отъ этого, въ 117 новеллѣ имѣлось постановленіе, которое представляетъ собою зачатокъ развивавшагося впослѣдствіи института развода вслѣдствіе тяжкаго оскорбленія на словахъ. А именно, по 4 § 9 гл. этой новеллы обвиненіе мужемъ жены въ прелюбодѣяніи, если оно не доказано, даетъ женѣ право отвергнуть мужа, если она того пожелаетъ.

---

ficere iussimus, matrimonii quidem solutionem ex hoc fieri nolumus, virum autem, qui monstratur sine huiusmodi causa vel flagellis vel fustibus cecidisse suam uxorem tantum pro huiusmodi injuria и т. д. См, также L. 8. Cod. de repud. 5, 17.

ГЛАВА VIII.

Злонамѣренное оставленіе.

Подъ злонамѣренное оставленіе подводится и отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей.—Господствовавшіе въ первобытныя времена обычаи относительно исполненія супружескихъ обязанностей.—Смѣшеніе безплодія и неспособности къ сожительству въ римскомъ правѣ.—Рѣшенія англійскихъ, нѣмецкихъ и французскихъ судовъ по искамъ объ отказѣ отъ исполненія супружескихъ обязанностей.—Иски о возстановленіи супружескаго сожительства.—Отношеніе англійскихъ судовъ къ договорамъ о раздѣльной жизни.—Обязательство совмѣстной жизни и назначеніе алиментовъ по толкованіямъ нашего кассаціоннаго сената.—Какъ должна быть истолкована 103 ст. въ связи съ 46 и 76 ст. ст. т. X ч. I?—Въ чемъ заключается злонамѣренное оставленіе?—Смѣшеніе злонамѣреннаго оставленія съ безвѣстнымъ отсутствіемъ по нашему уставу иностранныхъ исповѣданій.—Соглашеніе между супругами о раздѣльной жизни является отводомъ противъ иска о разлученіи, вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія.—Безвѣстное отсутствіе по нашимъ законамъ.

Совмѣстная жизнь супруговъ въ теченіи всей жизни является необходимой принадлежностью брачнаго союза. А потому оставленіе однимъ супругомъ другого безъ достаточнаго основанія или «злонамѣренное оставленіе», добровольное остав-

леніе» (böswillige Verlassung, desertio) является причиной развода. Подходитъ ли подъ понятіе злонамѣреннаго оставленія или отказа отъ супружескаго сожительства и отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей, въ смыслѣ физическаго единенія? Въ одномъ рѣшеніи нѣмецкаго кассаціоннаго суда за 1889 годъ указано, что въ опредѣленіи понятія о злонамѣренномъ оставленіи издавна существовало разногласіе между протестантскими теологами и юристами, сводившееся къ болѣе точному отграниченію понятія оставленія отъ quasi—оставленія. Между прочимъ, Лютеръ подводилъ упорный отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей подъ злонамѣренное оставленіе. Напротивъ, юристы до XVII вѣка признавали причиною развода только злонамѣренное оставленіе въ тѣсномъ смыслѣ. Въ теченіе XVII вѣка путемъ обычая установилось въ протестантскихъ церковныхъ судахъ положеніе, что упорный отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей является самостоятельнымъ основаніемъ для развода *).

На самомъ дѣлѣ исполненіе супружескихъ обязанностей признавалось существеннымъ условіемъ брачнаго сожительства искони. Такъ какъ мужъ въ первобытныя времена вправѣ былъ распоряжаться женою, какъ своею вещью, добытою на войнѣ или купленною, то онъ конечно былъ вправѣ удалить ее и по неспособности къ сожительству. Но любопытно то, что обязанность физическаго сожительства въ довольно раннія времена становится обоюдною, т. е. и жена вправѣ требовать неукоснительнаго исполненія этой обязанности. Если бы мужъ оказался неспособнымъ удовлетворить жену, то онъ обязанъ при-

*) Urteil Civilsen. 13 juni 1889. Hergenhahn, S. 121.

бѣгнуть къ посторонней помощи. Указанія на существованіе этого обычая многочисленны.

Въ одной довольно поздней вестфальской уставной грамотѣ говорится: если мужчина имѣетъ законную (echtes) жену и не можетъ удовлетворить ея супружескихъ (freulichen) правъ, то онъ доложенъ доставить ее своему сосѣду; если и этотъ не въ состояніи удовлетворить ее, то мужъ долженъ поднять ее спокойно и кротко, не причинять ей никакой боли. перенести ее черезъ 9 изгородей и положить ее спокойно, не причинивъ ей никакой боли, и продержать ее тамъ 5 часовъ, крича Wapen, съ тѣмъ чтобы люди пришли ему на помощь. Если ей все-таки нельзя помочь, то мужъ долженъ ее поднять спокойно и кротко, посадить ее, не причиняя ей никакой боли, и дать ей новое платье и кошелекъ съ деньгами на прокормленіе и послать ее на ярмарку. Если и тутъ она не будетъ удовлетворена, то пускай ей помогутъ тысяча чертей *). Въ Бокумскомъ ландрехтѣ ставится вопросъ: если мужъ не въ состояніи оказать женѣ должную любовь, чтобы она осталась довольной, какъ ему поступить, чтобы ей оказанъ былъ должный уходъ (Pflege)? Отвѣтъ: онъ долженъ ее взять на спину, перенести черезъ изгородь и когда онъ ее перетащилъ, предложить кого-либо, кто доставилъ бы ей уходъ, которымъ она удовлетворилась бы **). Гриммъ считаетъ этотъ обычай весьма стариннымъ и въ pendant къ нему указываетъ на дозволеніе, данное Ликургомъ физически слабосильнымъ мужьямъ, предоставить своихъ женъ въ распоряженіе болѣе юныхъ и крѣпкихъ. Гирке относитъ возникновеніе этого обычая къ

*) Grimm. R. A. S. 444—445. Gierke, Humor im Recht. S. 56—57.
**) Grimm. R. A. S. 445.

періоду пребыванія на общеарійской родинѣ *). Насколько неосновательно предположеніе, что ко времени составленія нѣмецкихъ уставныхъ грамотъ это была лишь традиція очень отдаленнаго времени, видно изъ разсказа, переданнаго покойному проф. Кистяковскому однимъ мировымъ судьей изъ стараго казацкаго рода, что на его роднаго брата возложено было исполненіе этой обязанности надъ новобрачной, когда молодой оказался неспособнымъ. Да и вообще, по свѣдѣніямъ, сообщаемымъ южнорусскими этнографами, эта обязанность при импотентности молодого, лежитъ на старшемъ дружкѣ, или «бояринѣ» **).

Не слѣдуетъ думать, что подобнаго рода посторонняя помощь допускается среди южно-русскаго населенія лишь къ моменту вступленія въ бракъ. Кистяковскій приводитъ слѣдующій фактъ. Мировому судьѣ одной изъ южно-русскихъ губерній было подано прошеніе слѣдующаго содержанія: «Надѣюсь на ваше великодушіе и благое начальническое распоряженіе въ томъ, что не откажете моей чистосердечной просьбѣ и не оставите безъ вниманія моего прошенія. Крестьянинъ села Ж. Я. Д. въ прошломъ 1874 г. нанялъ меня къ своей женѣ, дабы у нея было дитя, съ уплатою мнѣ 10 р. и такъ какъ въ настоящемъ 1875 г. родилось у его жены отъ меня дитя мужскаго пола, то я началъ требовать слѣдуемые отъ него 10 р., но Я. Д. началъ еще смѣяться и ругать меня непристойными словами, а посему честь имѣю покорнѣйше просить вызвать въ камеру свою отвѣтчика Я. Д.

---

*) Grimm., ibid, Gierke. S. 356. См. также Michelet. Origines du droit français, p. 51—54.

**) Кистяковскій. О цензурѣ нравовъ въ сборникѣ Матвѣева, 169—170, 185, 190.

и свидѣтелей, знающихъ по этому дѣлу—Т. Д., С. Д. и Л. Н., что и священнику извѣстно, и не оставить рѣшеніемъ о взысканіи слѣдующихъ 10 р. и судебныхъ путевыхъ издержекъ 15 р., а всего 25 р., въ чемъ и подписуюсь крестьянинъ села Ж. Н. Д. 1875 г., іюля 27 дня. Приводя этотъ фактъ, проф. Кистяковскій сообщаетъ, что ему извѣстны еще два случая подобнаго рода изъ быта малороссійскаго населенія и одинъ изъ жизни великорусскаго населенія *).

Въ адатахъ дигорцевъ на Кавказѣ,составленныхъ въ 1874 г., сказано: если кто-либо изъ нихъ имѣетъ жену, которая не родитъ, то онъ беретъ другую съ уплатою калыма, а бездѣтную отдаетъ холостому мужчинѣ, дѣти отъ котораго однако принадлежатъ первому мужу, потому что онъ заплатилъ калымъ, холостой-же не вправѣ называть этихъ дѣтей своими; такая жена называется дукакусса **). Присвоеніе дѣтей первымъ мужемъ очевидно оправдывается тѣмъ-же соображеніемъ, какимъ король Іоаннъ Безземельный въ драмѣ Шекспира оправдываетъ признаніе сына, рожденнаго женою Фолконбриджа отъ Ричарда Львиное Сердце—сыномъ ея мужа: это теленокъ, рожденный отъ его коровы ***).

Съ подобнаго рода фактами и слѣдуетъ сопоставить содержаніе стихотворенія о святой Елизаветѣ, въ которомъ разсказывается, что у одного рыцаря не было дѣтей по его винѣ, и онъ просилъ содѣйствія ландграфа Людвига, который оказалъ своему вассалу помощь иными средствами. Во время пиршества, устроеннаго вассаломъ въ честь ландграфа, послѣдній не-

*) Кистяковскій. Программа для собр. и изуч. юрид. обыч., стр. 11—12. Загоровскій, стр. 124.

**) Леонтовичъ. Адаты II, стр. 37.

***) King. John. Act. I sc. 1.

замѣтно далъ ему драгоцѣнное лекарство. Когда приблизилось время сна, лекарство оказало свое дѣйствіе, и рыцарь обратился къ ландграфу съ просьбой простить его, такъ какъ онъ чувствуетъ себя способнымъ къ исполненію супружескихъ обязанностей, на что ландграфъ отвѣтилъ, что онъ именно съ тѣмъ и пришелъ къ нему, чтобы отклонить его отъ неправильнаго образа дѣйствія, а жену отъ позора *).

Не подлежитъ сомнѣнію, что указанная помощь есть обычай отдаленнѣйшаго времени, хотя въ видѣ остатка онъ могъ сохраниться и въ болѣе позднія времена. Женщина, принадлежа безусловно данному мужчинѣ, можетъ только съ его согласія быть предоставленной другому. Съ теченіемъ времени право жены требовать исполненія супружескихъ обязанностей приводитъ къ расторженію брака вслѣдствіе неспособности или отказа въ исполненіи ихъ, по надлежащемъ публичномъ удостовѣреніи въ достовѣрности факта. Si qua mulier se reclamaverit, сказано въ одномъ документѣ, приводимомъ Гриммомъ, quod vir suus nunquam cum ea mansisset, exeant inde ad crucem et si verum fuerint, separentur **). Въ чемъ заключается выхожденіе ad crucem, видно изъ аналогичныхъ обычаевъ черкесъ кубанской области, записанныхъ въ 1849 г. По этимъ обычаямъ жена не вправѣ оставить мужа безъ его согласія за исключеніемъ двухъ случаевъ, а именно, если мужъ принялъ христіанскую вѣру, а жена осталась магометанкой (это конечно постановленіе новѣйшаго времени) и если мужъ оказался физически неспособнымъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ жена имѣетъ право требовать развода (т. е., чтобы мужъ

*) Grimm R. A. S. 444. Raumer. Gesch. d. Hohenstaufen VI. S, 517—518.

**) Grimm. R. A. S. 454.

отпустилъ ее). Если мужъ не сознается въ неспособности, то ему дается годичный срокъ для поправленія здоровья. Если и по истеченіи года жена будетъ продолжать жаловаться, то мужъ *обязанъ доказать противное при свидѣтеляхъ.* Но до этого дѣло не доходитъ никогда; жена возвращается домой и калыма мужу не возвращаетъ *).

Обычаи другихъ инородцевъ въ свою очередь предусматриваютъ случай физической неспособности. Женщины у якутовъ нерѣдко оставляютъ мужей подъ предлогомъ неспособности ихъ къ сожительству. Иногда обвиненіе оказывается справедливымъ, и въ такомъ случаѣ жена признается невинною, но калымъ возвращается, безъ приплода и удоя, не прежде какъ по выходѣ ея за другого мужа. Если-же обвиненіе окажется ложнымъ, то калымъ не возвращается **).

Приведенныя до сихъ поръ обычныя нормы повидимому смѣшиваютъ три вещи: неспособность къ сожительству, безплодіе и отказъ отъ сожительства. Римское право какъ будто выдѣляетъ неспособность къ сожительству, но на самомъ дѣлѣ смѣшиваетъ его съ безплодіемъ. Если, сказано въ повелѣніи Юстиніана, мужъ въ теченіи двухъ лѣтъ со дня совершенія брака не можетъ сожительствовать съ женою вслѣдствіе естественной неспособности, жена или ея родители вправѣ послать мужу разводное письмо безъ опасенія имущественныхъ потерь. Двухлѣтній срокъ впослѣдствіи замѣненъ трехгодичнымъ ***). Этотъ трехлѣтній срокъ и указываетъ на то, что безплодіе въ сущности являлось доказательствомъ неспособности къ сожительству.

*) Леонтовичъ. Адаты I, стр. 174.
**) Малышевъ, стр. 412—413.
***) L. 10 Cod. de repud. 5, 17. Nov. 22, c. 6.

Основаніе для расторженія брака, выставленное Юстиніаномъ, признано каноническимъ правомъ поводомъ къ признанію брака незаключеннымъ, а потому и недѣйствительнымъ. И по 48 и 49 ст. т. X ч. I, неспособность является, какъ и во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ, въ сущности поводомъ къ признанію брака недѣйствительнымъ, хотя эти статьи и помѣщены въ главѣ о расторженіи браковъ. Требуется, чтобы неспособность началась до вступленія въ бракъ, если она не была природная, т. е. способность къ сожительству является необходимымъ условіемъ вступленія въ бракъ; при отсутствіи этого условія брака не существуетъ. Возникновеніе неспособности послѣ заключенія брака не препятствуетъ существованію брака; онъ, какъ заключенный при наличности требуемыхъ закономъ условій его дѣйствительности, не расторгается. То обстоятельство, что искъ о признаніи такого брака недѣйствительнымъ допускается лишь чрезъ 3 года послѣ формальнаго заключенія брака, вызвано смѣшеніемъ неспособности съ безплодіемъ. Именно въ виду этого англійскій церковный судъ, который въ свою очередь примѣнялъ правило о 3-лѣтнемъ срокѣ, допускалъ предъявленіе иска и до истеченія 3 лѣтъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда неспособность могла быть доказана медицинскимъ изслѣдованіемъ *). Современный свѣтскій судъ въ Англіи руководствуется тѣми-же правилами **). Отказъ отъ сожительства не можетъ служить поводомъ къ разводу въ англійскомъ судѣ, если нѣтъ доказательствъ неспособности къ брачному сожительству.

Исходя изъ того положенія, что физическое единеніе не

*) Briggs v. Morgan (1820) Bishop, p. 191. Dixon, p. 138—142.
**) Dixon, p. 138—142.

можетъ быть контролируемо судомъ, англійскій судъ не признаетъ отказа отъ исполненія супружескихъ обязанностей причиной развода. Въ одномъ случаѣ, гдѣ жена указывала, что мужъ, допуская ее къ совмѣстному пребыванію въ одномъ домѣ съ нимъ, отказываетъ ей въ доступѣ къ супружескому ложу, судья Робинзонъ замѣтилъ, что стороны признаются совмѣстно живущими, хотя бы въ данномъ случаѣ и не было супружескаго сожительства. Оно могло быть прервано по соображеніямъ относительно здоровья или другимъ, изслѣдованіе которыхъ не входитъ въ компетенцію суда *).

Такъ какъ, говоря словами лорда Стоэля, судъ не можетъ принудить къ супружескому сожительству, а можетъ принудить лишь къ совмѣстному жительству, то онъ вправѣ обложить карой, въ видѣ развода или разлученія лишь неисполненіе того, исполненіе чего онъ можетъ контролировать.

Слѣдуетъ однако думать, что и англійскій судъ допустилъ бы разводъ въ случаѣ принадлежности одного изъ супруговъ къ сектѣ, признающей бракъ товарищескимъ союзомъ безъ физическаго единенія, какъ это сдѣлалъ одинъ изъ американскихъ судовъ. Жена жаловалась на то, что мужъ принадлежитъ къ сектѣ шэкеровъ, признающихъ, что супружеское сожительство не входитъ въ обязанности супруговъ и по вѣрованіямъ которыхъ одна изъ основныхъ цѣлей брака, заключающаяся въ размноженіи вида, считается упраздненной. Судъ удовлетворилъ искъ жены, такъ какъ понятіе шэкеровъ о бракѣ не соотвѣтствуетъ понятію, установленному закономъ **).

---

*) Orme v. Orme (1824) Bishop, p. 405, 406.
**) Dyer v. Dyer. Bishop, p. 408.

Какъ указано уже выше, нѣмецкіе суды, хотя они въ свою очередь лишены средствъ контролировать физическое сожительство, тѣмъ не менѣе караютъ разводомъ за отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей, если фактъ отказа является установленнымъ и если ходатайству о разводѣ предшествовало опредѣленіе суда, которымъ упорный супругъ призывался къ исполненію своихъ обязанностей. Въ одномъ рѣшеніи за 1890 годъ, между прочимъ, указано: хотя употребленіе психическаго давленія на упорнаго супруга, куда относится и судебный приказъ объ исполненіи супружескихъ обязанностей, и не является абсолютно необходимымъ условіемъ для мотивированія просьбы о разводѣ, тѣмъ не менѣе въ видѣ общаго правила должно быть признано, что разъ упорство не установлено безспорно обстоятельствами дѣла, то необходимо употребленіе психическаго давленія, и прежде всего судебнаго приказа для того, чтобы можно было усмотрѣть въ поведеніи упорствующаго супруга причину для развода *). Уже изъ приведеннаго вытекаетъ, что примѣненіе психическаго давленія требуется только въ томъ случаѣ, если по обстоятельствамъ дѣла можно разсчитывать на успѣхъ этой мѣры и если упорство въ отказѣ отъ исполненія супружескихъ обязанностей не констатировано надлежащимъ образомъ, какъ это и выражено въ другомъ рѣшеніи германскаго кассаціоннаго сената **).

Дальнѣйшимъ условіемъ для допущенія иска о разводѣ по этому поводу германскій судъ признаетъ продолжительный отказъ и безъ достаточнаго основанія. Въ одномъ случаѣ, въ которомъ бракъ произошелъ лишь за нѣсколько мѣсяцевъ до

*) Urteil Civilsen. 1 april 1890. Hergenhahn, S. 123.
**) Urteil Civilsen. 1 juni 1889. Hergenhahn, S. 123.

предъявленія иска и гдѣ обвиняемая въ отвѣтѣ на исковое требованіе изъявила готовность къ исполненію супружескихъ обязанностей, въ искѣ было отказано *).

Во французскомъ кодексѣ отказъ отъ исполненія супружескихъ обязанностей не предусмотрѣнъ, точно такъ-же, какъ въ немъ не предусмотрѣно вообще злонамѣренное оставленіе. То и другое французскіе суды подводятъ подъ 231 ст. кодекса, т. е. подъ injures graves, являющихся основаніемъ для развода. Упорный и добровольный отказъ мужа отъ исполненія супружескихъ обязанностей съ момента совершенія брака есть жестокая обида, сказано въ рѣшеніи мецскаго суда. Обидный характеръ этихъ дѣйствій усиливается въ томъ случаѣ, если жена интеллигентная особа и отличается безусловною чистотою нрава. Для того, чтобы отказъ могъ быть подведенъ подъ понятіе обиды, онъ долженъ быть обычнымъ. Недопущеніе мужа въ нѣкоторыхъ случаяхъ къ супружескому ложу со стороны жены не представляетъ собою жестокой обиды. Согласіе на исполненіе супружеской обязанности даже по предъявленіи иска, если оно является искреннимъ, устраняетъ и по рѣшеніямъ французскихъ судовъ ходатайство о разводѣ. Въ одномъ дѣлѣ, гдѣ жена въ теченіи 3 мѣсяцевъ со времени заключенія брака отказывалась отъ исполненія супружескихъ обязанностей, и мужъ предъявилъ искъ о разводѣ, судъ призналъ: молодая женщина все время дѣлила супружеское ложе; уклоненіе отъ исполненія супружескихъ обязанностей было отчасти результатомъ особой чувствительности и опасеній относительно предстоящихъ опасностей беременности; жена въ сущности формально не отказалась, а, напротивъ, получивъ отъ

*) Urteil Civilsen. 25 Iuni 1889. Hergenhahn, S. 122.

суда разъясненіе своихъ обязанностей, изъявила согласіе на исполненіе ихъ. Въ виду этого нельзя усматривать въ отказѣ жены чувства отвращенія, питаемаго ею къ мужу, что только и могло бы быть подведено подъ тяжкую обиду *).

Такъ какъ супруги обязаны къ совмѣстной жизни, то при оставленіи однимъ изъ нихъ другого, требованіе, обращенное къ суду, прежде всего можетъ заключаться въ томъ, чтобы побудить строптиваго супруга къ совмѣстной жизни. Такой искъ о возстановленіи супружескаго сожительства допускается англійскими судами, если оставленный супругъ, говоря словами Блекстона, достаточно глупъ, чтобы желать этого.

Въ большинствѣ случаевъ такой искъ вызывается отнюдь не глупостью оставленнаго супруга, а денежными интересами: или жена этимъ путемъ добивается соглашенія о средствахъ содержанія, или мужъ желаетъ побудить жену удѣлить ему извѣстную сумму. Хотя суду и извѣстны мотивы такого иска, онъ тѣмъ не менѣе не входитъ въ разсмотрѣніе ихъ и удовлетворяетъ требованіе, т. е. постановляетъ, что напр. мужъ обязанъ принять жену въ свою квартиру и относиться къ ней дружественно. Если супругъ не исполняетъ рѣшенія суда, онъ до 1884 г. признавался неповинующимся суду и за пренебреженіе къ нему виновнаго заключали въ тюрьму до тѣхъ поръ, пока онъ не выражалъ по доброй совѣсти готовности повиноваться. Въ 1884 г. заключеніе въ тюрьму отмѣнено и неисполненіе рѣшенія влечетъ за собою разлученіе по просьбѣ другого супруга **). Если постановленіе о возстановленіи сожительства состоялось по требованію жены и въ ея интересахъ, то мужъ обязанъ сдѣлать первые шаги къ возстановленію со-

*) Coulon. Divorce. III, p. 71—77.
**) 47, 48 Vict. c. 68.

жительства и пригласить жену вернуться къ нему. Если, напротивъ, рѣшеніе состоялось по требованію мужа, то жена обязана немедленно сама вернуться къ мужу *).

Состоявшійся между супругами договоръ о раздѣльной жизни не могъ служить въ Англіи до послѣдняго времени препятствіемъ къ удовлетворенію иска о возстановленіи сожительства. Въ дѣлѣ Уарендеръ лордъ Брумъ указалъ, что совершенный сторонами актъ разлученія не имѣетъ безусловно никакой законной силы; обязательное значеніе имѣетъ лишь выговоренное условіе объ уплатѣ извѣстныхъ суммъ женѣ. Во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, такой актъ не пользуется покровительствомъ закона. Убытки за нарушеніе его не могутъ быть взысканы **). Въ дѣлѣ Коннели было отвергнуто соглашеніе о разлученіи, состоявшееся при слѣдующихъ условіяхъ. Мужъ и жена перешли изъ протестантства въ римско-католическую вѣру и съ дозволенія папы мужъ сталъ священникомъ, а жена приняла монашество. По иску мужа (раскаявшагося въ своемъ поступкѣ) о возстановленіи супружескаго сожительства жена заявила, что по правиламъ римско-католической церкви допускается разлученіе супруговъ съ цѣлью принятія священства. Это возраженіе было отвергнуто. Въ апелляціонной инстанціи возраженіе это противъ иска было допущено, но лишь потому, что бракъ былъ совершенъ въ Филадельфіи, — гдѣ правила римско-католической церкви могутъ имѣть примѣненіе,—и что мѣстожительство супруговъ въ то время, когда состоялось соглашеніе, было въ Римѣ.

Но въ то время, какъ церковные суды отвергали силу

---

*) Bishop, p. 402–403. Browning, p. 221, 226.
**) Warrender v. Warrender. Browning, p. 225.

актовъ разлученія и признавали изъ ничтожными, суды справедливости, суды совѣсти, канцлерскій судъ (Court of Chancery) признавалъ изъ вполнѣ дѣйствительными. Случалось поэтому, что жена обращается въ церковный судъ съ просьбой о возстановленіи сожительства, и судъ этотъ удовлетворяетъ ея ходатайство вопреки представленному акту о разлученіи. Тогда мужъ обращается въ канцлерскій судъ, ссылаясь на тотъ-же актъ, и судъ возстановляетъ силу акта и признаетъ его обязательнымъ для жены *). Канцлерскій судъ, т. е. судъ, руководствовавшійся нормами, называвшимися нормами справедливости, игралъ по отношенію къ церковному суду, руководствовавшемуся существующимъ закономъ, ту же роль, какую у насъ по отношенію къ свѣтскому суду играли и играютъ административныя учрежденія въ лицѣ бывшаго третьяго отдѣленія и комиссіи прошеній. Въ то время, какъ суды у насъ относились отрицательно къ актамъ разлученія, заключеннымъ супругами и вовсе не принимали къ разсмотрѣнію ходатайствъ, исходившихъ отъ одного изъ супруговъ о совмѣстномъ жительствѣ или о разлученіи, административное вѣдомство полицейскими мѣрами водворяло на жительство строптиваго супруга (рѣчь идетъ, конечно, о женѣ) или выдавало отдѣльный видъ на жительство. Водвореніе на жительство перестало теперь практиковаться, но выдача отдѣльнаго вида на жительство производится и въ настоящее время, если комиссія прошеній признаетъ ходатайство уважительнымъ. Разница между дѣйствіями администраціи у насъ и дѣйствіями канцлерскаго суда въ Англіи въ томъ, что администрація устанавливаетъ факты посредствомъ негласныхъ дознаній и въ

*) Dixon, p. 174—175.

своихъ постановленіяхъ руководствуется усмотрѣніемъ, а англійскій судъ устанавливаетъ факты посредствомъ состязательнаго процесса заинтересованныхъ лицъ и постановляетъ рѣшенія на основаніи нормъ, столь же твердыхъ какъ законъ. Эти нормы суда совѣсти (equity) точно такъ же выработаны посредствомъ прецедентовъ, какъ и нормы, именуемыя закономъ (common law). До судебной реформы 1873 года, когда судъ совѣсти слился съ судомъ общаго права *), нормы справедливости примѣнялись лишь особымъ судомъ. Но уже до этой реформы свѣтскій судъ, принявшій въ 1857 г. въ свое вѣдѣніе бракоразводныя дѣла, чувствовалъ неудобство отъ столкновенія между закономъ и справедливостью и въ свою очередь сталъ строже относиться къ искамъ о возстановленіи сожительства при наличности договора о раздѣльной жизни. Въ настоящее время такой договоръ является отводомъ, устраняющимъ искъ, за исключеніемъ того случая, когда условія договора не исполняются противною стороною **).

Не допуская противъ иска о возстановленіи сожительства возраженія о раздѣльной жизни по взаимному соглашенію, церковные суды допускали однако возраженіе о томъ, что раздѣльная жизнь произошла по винѣ супруга, добивающагося возстановленія супружескаго сожительства. Виною признается не только то, что дало бы супругу, возражающему противъ иска о возстановленіи супружескаго сожительства, право на разводъ или судебное разлученіе, но и гораздо менѣе существенные грѣхи. Невиновная сторона вправѣ, при наличности обстоятельствъ, дающихъ право на разводъ и разлученіе, не

*) Supreme Court of Judicature. Act. 36, 37. Vict. c. 66.
**) Dixon, p. 115, 176.

только возражать противъ иска, но заявить встрѣчное требованіе о разлученіи, которое подлежитъ удовлетворенію, если наличность вины со стороны истца будетъ доказана *).

Въ виду того, что и по кодексамъ другихъ европейскихъ странъ съ бракомъ связано обязательство совмѣстной жизни, исполненіе этого обязательства и тамъ можетъ быть потребовано посредствомъ предъявленія иска въ судѣ; между прочимъ, такой искъ возможенъ какъ по французскому, такъ и по прусскому кодексу, съ тѣмъ только различіемъ, что принудительное исполненіе такого рѣшенія не допускается. По 680 и 686 § 2 ч. 1 тит. прусскаго кодекса, упорное неисполненіе такого рѣшенія влечетъ за собою для другаго супруга право ходатайствовать о разводѣ. За исключеніемъ прусскаго кодекса, допускающаго добрачное соглашеніе о томъ, что жена вправѣ не слѣдовать за мужемъ при перемѣнѣ мѣста жительства, всѣ другіе кодексы признаютъ недѣйствительными частныя соглашенія въ случаѣ, если одинъ изъ супруговъ требуетъ возстановленія совмѣстной жизни и не имѣется достаточныхъ основаній для разлученія ихъ **).

Обязательство совмѣстной жизни и недозволенность частныхъ соглашеній о раздѣльной жизни супруговъ выражена въ нѣсколькихъ статьяхъ нашего X тома. Въ 103 ст. сказано: «Супруги обязаны жить вмѣстѣ. Посему: 1) строго воспрещаются всякіе акты, клонящіеся къ самовольному разлученію

*) Browning, p. 224.

**) Preus. Landrecht 2 Th. 1 tit. § 682. Koch, III. S. 238, 239. Zürn. Das Preussische Eherecht (1894) S. 144. Code civile, art. 214. Зарудный, Гражд. Улож. итальянск. королевства, ст. 130, 149, 157. 158. Оршанскій. Изслѣдованія по русскому праву (1877) стр. 44—46.

супруговъ; 2) при переселеніи, при поступленіи на службу, или при иной перемѣнѣ постояннаго жительства мужа, жена должна слѣдовать за нимъ».

Въ одномъ обществѣ разсказывали, что человѣкъ, которому отрѣзали голову, прошелъ безъ головы сто шаговъ. Одна изъ присутствовавшихъ дамъ замѣтила: ce n'est que le premier pas qui coute—труденъ только первый шагъ. Это изреченіе подтверждается исторіей толкованія 103 ст. X т.

Павелъ Вагнеръ бросилъ жену. Послѣдняя ходатайствовала о присужденіи ей съ мужа по 40 руб. въ мѣсяцъ за время, прожитое врозь отъ мужа и о назначеніи ей впредь содержанія въ такомъ же размѣрѣ. Петербургская палата удовлетворила это требованіе, признавъ мужа обязаннымъ выдавать содержаніе до принятія ея къ себѣ для совмѣстнаго жительства. Гражданскій кассаціонный департаментъ отмѣнилъ рѣшеніе на томъ основаніи, «что всѣ обязанности, безусловно возложенныя на мужа и жену, неразрывно связаны съ такою же безусловною обязанностью супруговъ жить вмѣстѣ. Затѣмъ, какія лежатъ обязанности на мужѣ относительно содержанія жены своей, въ случаѣ раздѣльнаго ихъ жительства по причинѣ супружескихъ несогласій, законъ того не опредѣляетъ и опредѣлить не могъ потому, что обязывая супруговъ жить вмѣстѣ и воспрещая все, что можетъ клониться къ самовольному ихъ разлученію, законъ не могъ, въ противорѣчіе себѣ, установить правила на такой случай, который имъ строго воспрещается. Если эти случаи встрѣчаются въ жизни, то нарушеніе предписаній закона одною стороною производитъ для другой право требовать исполненія закона, но не болѣе. Посему никакъ нельзя выводить изъ смысла 106 ст., чтобы жена, отдѣльно живущая отъ мужа, имѣла право

требовать возвращенія ей въ собственность произведенныхъ ею расходовъ на содержаніе себя за все время, прожитое врозь отъ мужа, и чтобы такое же содержаніе выдавалось ей впредь, въ случаѣ продолженія отдѣльнаго ея жительства», тѣмъ болѣе, «что имущественныя средства мужа отъ разныхъ случайностей могутъ подвергаться различнымъ измѣненіямъ, вслѣдствіе которыхъ немыслимо опредѣлить, какою бы то ни было цифрою, сколько онъ долженъ и можетъ ежегодно отдѣлить изъ своихъ доходовъ на содержаніе жены, но при этомъ въ какомъ бы положеніи мужъ ни находился, на немъ все-таки остается личная обязанность, указанная въ 106 ст., доставлять пропитаніе и содержаніе женѣ по состоянію и возможности своей, т. е. соотвѣтственно тѣмъ средствамъ, которыя онъ самъ на прожитокъ свой вмѣстѣ съ женою употреблять можетъ» *).

Выводъ изъ этого рѣшенія тотъ, что законъ не предусматриваетъ возможности раздѣльной жизни супруговъ. Если же въ жизни такіе случаи встрѣчаются по винѣ той или другой стороны, то невиновная сторона вправѣ требовать исполненія закона, но не болѣе, т. е. вправѣ требовать возстановленія супружескаго сожительства. Такъ какъ раздѣльная жизнь не предполагается закономъ, то не можетъ быть рѣчи и о назначеніи алиментовъ при раздѣльной жизни. Такимъ образомъ предъ судомъ можно ходатайствовать лишь о возстановленіи совмѣстнаго сожительства, и ни о чемъ другомъ предъ судомъ ходатайствовать нельзя, тѣмъ болѣе, что, по соображеніямъ сената, обязанность давать содержаніе не можетъ быть пере-

*) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. за 1868 г. № 461.

ведена на цифровой языкъ, не можетъ быть опредѣлена денежной суммой.

Совершенно согласно съ этими положеніями, выставленными сенатомъ, московская судебная палата рѣшила дѣло Марковыхъ. Мужъ требовалъ возстановленія сожительства, не смотря на то, что выдалъ ей отдѣльный видъ на жительство. Жена, возражая противъ этого требованія, указывала на то, что мужъ ведетъ расточительную и безнравственную жизнь, прожилъ все ея приданое и въ настоящее время не имѣетъ никакихъ средствъ для ея содержанія. Палата удовлетворила требованіе мужа. Сенатъ одобрилъ это рѣшеніе, такъ какъ, «на основаніи 103 ст. X т. ч. I, супруги обязаны жить вмѣстѣ и доколѣ самый бракъ, по предусмотрѣннымъ въ законѣ причинамъ, подлежащею властью не расторгнутъ, жена слѣдуетъ за каждымъ состояніемъ своего мужа; хотя, по силѣ 106 ст. X т. ч. I, на мужѣ и лежитъ обязанность доставлять женѣ своей содержаніе по состоянію и возможности, но несоблюденіе этого правила не уничтожаетъ однако совмѣстнаго жительства супруговъ, а оставляетъ лишь за женою право обратиться по сему предмету съ особымъ требованіемъ. Такимъ образомъ заключеніе судебной палаты, какъ основанное на точномъ смыслѣ 103 и 106 ст. X т. ч. I, оказывается совершенно правильнымъ, въ виду того, что бракъ, по духу нашего законодательства, есть одно изъ таинствъ, которое, какъ нерасторгаемое, связуетъ супруговъ на всю жизнь, и если закономъ въ извѣстныхъ случаяхъ и допускается расторженіе брака, то оно можетъ послѣдовать не иначе, какъ по формальному духовному суду» *).

*) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. 1868 г. № 526.

Въ томъ-же духѣ состоялось рѣшеніе и въ 1870 г. Макарова обратилась въ мировой судъ съ требованіемъ, чтобы мужъ ея былъ понужденъ къ совмѣстной жизни съ нею. Самарскій мировой съѣздъ призналъ требованіе правильнымъ и обязалъ мужъ до изъявленія согласія на совмѣстное жительство выдавать на содержаніе жены по 8 руб. въ мѣсяцъ. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе, высказавъ слѣдующее: «На основаніи 103 ст. т. X, ч. I, супруги обязаны жить вмѣстѣ, доколѣ самый бракъ надлежащей властью и по основаніямъ, предустановленнымъ закономъ, не будетъ расторгнутъ, а потому строго воспрещаются всѣ акты, клонящіеся къ самовольному разлученію супруговъ. Изъ сего слѣдуетъ, что для охраненія святости брачнаго союза не могутъ быть допускаемы и распоряженія суда относительно назначенія женамъ, живущимъ отдѣльно, содержанія отъ ихъ мужей, ибо такое распоряженіе могло бы такому незаконному разлученію дать видъ нѣкоторой терпимости со стороны самого правительства» *). Нельзя слѣдовательно употреблять назначеніе алиментовъ какъ принудительное средство къ возстановленію сожительства, а слѣдуетъ прямо возстановить сожительство. Но если предъ судомъ можно ходатайствовать о возстановленіи совмѣстной жизни и только о ней, то само собою разумѣется, что судъ, сдѣлавъ такое постановленіе, долженъ быть вооруженъ средствами для исполненія его, долженъ имѣть возможность принудить строптиваго супруга къ повиновенію. Ибо всуе не только законы писать, но и рѣшенія постановлять, если ихъ не исполнять. Оказывается однако слѣдующее. Леонида Кокораки ходатайствовала о присужденіи ей съ мужа 10 р. въ

*) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. за 1870 г. № 799.

мѣсяцъ, такъ какъ мужъ не принимаетъ ее на свою квартиру и не даетъ ей средствъ на содержаніе. Мировой судъ удовлетворилъ ходатайство жены «въ виду нежеланія мужа принять къ себѣ жену и по неимѣнію у суда законныхъ средствъ заставить мужа жить съ женою вмѣстѣ на одной общей квартирѣ». Сенатъ одобрилъ это рѣшеніе. «Несомнѣнно, говоритъ сенатъ, что, по духу нашихъ гражданскихъ законовъ, никакое судебное рѣшеніе не можетъ имѣть основаніемъ дѣйствіе или возложеніе обязательства, клонящагося къ самовольному, какъ сказано въ законѣ (ст. 103 т. X ч. I), разлученію супруговъ. Но съ другой стороны законы не возбраняютъ супругамъ обращаться къ судебной защитѣ въ огражденіе тѣхъ матеріальныхъ ихъ правъ, которыми они имѣютъ право пользоваться по обоюднымъ гражданскимъ правоотношеніямъ ихъ. Таковыми правами слѣдуетъ считать совмѣстное жительство и обязанность мужа, по 106 ст. X т. I ч., доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе, по состоянію и возможности своей. Жена подполковника Кокораки, Леонида, — въ предѣлахъ, собственно, сихъ правъ своихъ, обратилась къ судебной защитѣ и подобное ея требованіе не могло быть оставлено судомъ безъ уваженія. Хотинскія мировыя установленія, усмотрѣвъ изъ личныхъ объясненій Константина Кокораки и изъ письменныхъ его заявленій—положительный отказъ его какъ въ принятіи съ себѣ на квартиру жены своей, такъ и въ доставленіи ей пропитанія, обязаны были рѣшеніями своими оградить матеріальныя права Леониды Кокораки. Рѣшенія мироваго судьи и мироваго съѣзда существенно клонились къ обязанію Константина Кокораки къ совмѣстному сожительству съ женою его Леонидою, чѣмъ и разрѣшилось бы требованіе о пропитаніи и содержаніи ея. Возложеніе на

Константина Кокораки обязанности уплачивать ежемѣсячно по 10 руб. на содержаніе постановлено съѣздомъ лишь условно и временно, въ виду того справедливаго основанія, что судъ, не имѣвъ возможности заставить отвѣтчика Кокораки исполнить требованія 103 ст. X т. ч. I, не могъ оставаться безучастнымъ къ положенію истицы, пребывающей въ городѣ безъ родныхъ, безъ всякихъ средствъ къ существованію, видимо больной и неуклоняющейся самовольно отъ совмѣстнаго сожительства, а напротивъ того безуспѣшно домогавшейся сего сожительства. Состоявшееся въ Хотинскомъ мировомъ съѣздѣ окончательное по настоящему дѣлу рѣшеніе не представляетъ Константину Кокораки повода къ указанію нарушенія съѣздомъ 103 ст. т. X ч. I, такъ какъ по смыслу сего рѣшенія исполненіе требованія означенной статьи возлагается на него самого. Принятіемъ жены своей къ себѣ для совмѣстнаго жительства, рѣшеніе съѣзда вполнѣ приведется въ исполненіе» *). Сенатъ призналъ такимъ образомъ, что у суда нѣтъ возможности принудить къ совмѣстному жительству. Назначить содержаніе до исполненія обязательства совмѣстной жизни тоже нельзя. Допускается назначеніе содержанія лишь послѣ того, какъ мужъ уже отказался принять жену. Руководствуясь этимъ рѣшеніемъ, виленскій мировой съѣздъ присудилъ съ Будревича въ пользу его жены 9 руб. въ мѣсяцъ, такъ какъ Будревичъ прогналъ жену. Сенатъ однако нашелъ, что прогнать не значитъ отказать въ принятіи. Такъ и гласитъ рѣшеніе: «Въ настоящемъ дѣлѣ съѣздъ установилъ тотъ фактъ, что Будревичъ прогналъ свою жену, но, чтобы онъ отказывался принять ее къ себѣ, того изъ дѣла не видно **)».

---

*) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. за 1872 г. № 407.
**) Рѣш. Гражд. Кас. Деп. за 1874 г. № 689.

Не смущаясь этими рѣшеніями, олонецкій мировой съѣздъ присудилъ съ Битова въ пользу жены 4 р. ежемѣсячнаго содержанія до тѣхъ поръ, пока они будутъ жить въ раздѣлѣ. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе, указавъ, что онъ держится прежнихъ воззрѣній. А они заключаются въ слѣдующемъ. «Для сохраненія святости брачнаго союза не могутъ быть допускаемы распоряженія суда относительно назначенія женамъ, живущимъ раздѣльно, содержанія отъ ихъ мужей, ибо подобное распоряженіе могло бы означенному разлученію супруговъ дать видъ нѣкоторой терпимости со стороны самого правительства. Руководствуясь и нынѣ тѣми же соображеніями, сенатъ находитъ, что мировой съѣздъ неправильно обязалъ Битова приизводить женѣ своей, Аннѣ, живущей съ нимъ раздѣльно, содержаніе по 4 р. въ мѣсяцъ, не установивъ притомъ, что Битова не живетъ съ мужемъ по винѣ сего послѣдняго, а не по собственному произволу, и не обсудивъ заявленій сторонъ относительно матеріальныхъ средствъ ихъ» *).

Но въ 1879 г. вдругъ произошла перемѣна во взглядахъ сената. Епифановъ выдалъ женѣ своей обязательство, въ которомъ изложилъ, что «съ общаго желанія» выдаетъ ей отдѣльный паспортъ «по извѣстнымъ ему причинамъ, для свободнаго жительства, гдѣ пожелаетъ», и вмѣстѣ съ тѣмъ будетъ ей выдавать ежемѣсячно впередъ по 50 руб., а въ случаѣ неисправности обязанъ уплатить неустойку. Когда мужъ прекратилъ платежи, жена предъявила искъ о взысканіи неуплаченныхъ денегъ и неустойки. Епифановъ указалъ на недѣйствительность обязательства, клонящагося къ разлученію супруговъ и кромѣ того, что, вслѣдствіе разстройства его дѣлъ,

*) Рѣш. Гр. Кас. Деп. за 1876 г. № 41.

онъ можетъ уплачивать только по 15 р. въ мѣсяцъ. Петербургская судебная палата признала возраженія мужа незаслуживающими уваженія и удовлетворила требованіе жены. Сенатъ одобрилъ рѣшеніе и высказалъ слѣдующія соображенія. 103 ст. «не требуетъ, чтобы супруги жили постоянно и неразлучно на одной квартирѣ; охраняя святость брака и семейныхъ узъ, законъ воспрещаетъ лишь расторженіе супружеской связи между мужемъ и женою — самовольное ихъ разлученіе; между тѣмъ нерѣдко отдѣльное жительство супруговъ вызывается такими обстоятельствами, которыя не имѣютъ ничего общаго съ разлученіемъ ихъ и при которыхъ семейныя узы не ослабѣваютъ и единство семьи не разрушается; опредѣленіе въ каждомъ данномъ случаѣ значенія этого отдѣльнаго жительства и смысла акта, по сему поводу состоявшагося, зависитъ отъ разсмотрѣнія фактической стороны дѣла и потому не можетъ быть повѣряемо въ порядкѣ кассаціи. Палата, по разсмотрѣніи обстоятельства дѣла, установила, что актъ 15 февраля 1876 г. не заключаетъ въ себѣ цѣли самовольнаго разлученія супруговъ Епифановыхъ, а потому, не отвергая обязательной силы этого акта, палата не нарушила 103 ст. X т. I ч. Епифановъ усматриваетъ нарушеніе 106 ст. въ томъ, что предложеніе его платить по 15 руб. въ мѣсяцъ сдѣлано во исполненіе нравственной обязанности, лежащей на немъ на основаніи 106 ст., а не въ силу акта 1876 г., не имѣющаго обязательной силы, но такъ какъ искъ былъ основанъ на обязательствѣ 1876 г. и требовалось исполненіе сего обязательства, а не обязанности, возлагаемой по 106 ст. на мужа, то палата, признавъ разъ обязательную силу акта 1876 г., поступила правильно *).

*) Рѣш. Гр. Кас. Деп. за 1879 г. № 309.

Это рѣшеніе есть конечно игра въ жмурки. Актъ разлученія не есть актъ разлученія, тѣмъ болѣе, что фактическія обстоятельства не подлежатъ провѣркѣ въ кассаціонной инстанціи. А потому и обязательство выдавать содержаніе въ размѣрѣ, опредѣленномъ въ актѣ, не можетъ быть отмѣнено. Игра въ жмурки продолжается и по отношенію къ 106 ст. Сенатъ обходитъ молчаніемъ вопросъ о томъ, заключается ли въ ней лишь нравственное обязательство. Нечего мужу смотрѣть на 106 ст., онъ долженъ исполнить выданное имъ обязательство—let him look to his bond *).

Вступивъ разъ на почву компромисса съ жизнью, сенатъ уже не сходитъ съ нея и признаетъ, что и по закону мужъ обязанъ дать женѣ на содержаніе и сообразно своимъ средствамъ.

Славина-Боровская ходатайствовала предъ судомъ о присужденіи ей съ мужа на содержаніе ея съ ребенкомъ 750 руб. въ годъ. Свидѣтельскими показаніями установлено, что между супругами существовали недружелюбныя отношенія. Женою было обнаружено, что мужъ ея даетъ деньги на содержаніе посторонней женщинѣ, вслѣдствіе чего она ушла къ родителямъ. При уходѣ мужъ сказалъ ей: уходите и больше не приходите. Тѣмъ не менѣе она вернулась, но ни она, ни мать ея не были допущены въ квартиру мужа. На судѣ мужъ заявилъ, что онъ не отказывается принять жену для совмѣстнаго жительства, если она измѣнитъ свое поведеніе и что по состоянію своему онъ не въ состояніи уплачивать требуемой суммы. Палата удовлетворила требованіе жены, въ виду того, что желаніе мужа продолжать совмѣстную съ женою

*) Merch. of Venice. Act III, sc. 1.

жизнь должно выражаться въ какихъ либо къ сему попыткахъ, а не въ однихъ голословныхъ заявленіяхъ. Сенатъ одобрилъ рѣшеніе палаты, ибо рѣшеніемъ установлено, какъ то, что почину раздѣльной жизни супруговъ Славиныхъ-Боровскихъ послѣдовалъ со стороны мужа, такъ и то, что онъ уклоняется принять жену къ себѣ. Такимъ образомъ, присужденіе Славиной-Боровской опредѣленнаго содержанія отъ мужа состоялось при наличности обстоятельствъ, которыми, по закону, обусловливается удовлетвореніе подобнаго исковаго требованія. Такое рѣшеніе, по самой сущности своей, есть условное, и этотъ характеръ его не измѣняется вслѣдствіе того, что въ резолютивной части рѣшенія не сказано, что оно имѣетъ силу, пока мужъ не изъявитъ согласія принять жену къ себѣ» *).

Послѣднее рѣшеніе сената по этому предмету состоялось въ 1890 г. Софія Гриневичъ ходатайствовала о присужденіи ей съ мужа 85 р. въ мѣсяцъ на содержаніе ея и двухъ дочерей. Свидѣтели показали, что жена нѣсколько разъ уходила отъ мужа, что онъ наносилъ ей побои, что въ 1887 году онъ вытолкалъ жену изъ дому и кричалъ: вонъ со двора, торговка. Гриневичъ возражалъ, что жена скрылась отъ него безъ всякаго съ его стороны повода и что онъ согласенъ возстановить совмѣстную жизнь. Въ апелляціонной инстанціи онъ заявилъ также, что получаемое имъ жалованье уменьшилось съ тѣхъ поръ, какъ предъявленъ искъ, почему онъ не въ состояніи уплачивать требуемой суммы. Въ роспискѣ, выданной женой уже послѣ того, какъ они разошлись, она сама согласилась получать по 30 р. ежемѣсячно. Палата удовлетворила

---

*) Рѣш. Гр. Кас. Деп. за 1886 г. № 29.

требованіе жены, такъ какъ мужъ ни въ чемъ не выразилъ стремленія возстановить совмѣстную жизнь; уменьшить сумму содержанія, требуемую женою, нѣтъ основанія, такъ какъ положеніе сторонъ опредѣляется обстоятельствами, имѣвшими мѣсто во время предъявленія иска, а не возникшими впослѣдствіи. Согласіе жены получать только по 30 р. имѣло бы силу, если бы мужъ добровольно уплачивалъ ей эту сумму, чего онъ не сдѣлалъ.

Въ рѣшеніи Сената по этому дѣлу высказано слѣдующее. «Сенатъ уже разъяснилъ 103 и 106 ст. зак. гражд. въ томъ смыслѣ, что мужъ не освобождается отъ обязанности доставлять пропитаніе и содержаніе женѣ, не уклоняющейся самовольно отъ совмѣстнаго сожительства съ нимъ, причемъ призналъ, что судебное рѣшеніе, присуждающее мужа къ означенной обязанности, есть, по самой сущности своей, условное, имѣющее силу, пока мужъ не изъявитъ согласія принять жену къ себѣ. Въ данномъ дѣлѣ Гриневичъ усматриваетъ нарушеніе палатою 103 и 106 ст. зак. гражд. тѣмъ, что она присудила его женѣ, Софіи Гриневичъ, содержаніе, не смотря на заявленіе просителя о его желаніи совмѣстнаго жительства съ женою. По мнѣнію Гриневича, одинъ фактъ подобнаго заявленія составляетъ, самъ по себѣ, доказательство готовности мужа исполнить свои обязанности относительно жены. Всѣ эти объясненія просителя не заслуживаютъ уваженія; ибо, при заявленіи мужемъ во время производства дѣла о присужденіи съ него женѣ содержанія, согласія принять жену въ свой домъ, судъ, входя въ оцѣнку этого заявленія, по обстоятельствамъ дѣла, не подлежащимъ повѣркѣ въ кассаціонномъ порядкѣ, не лишенъ права, въ каждомъ данномъ случаѣ, не признавать за заявленіемъ мужа о желаніи его принять жену зна-

ченія дѣйствительно выраженнаго желанія, предполагающаго готовность измѣнить тѣ отношенія, которыя, по винѣ мужа, уже привели жену къ раздѣльной жизни, устранить причины, вызвавшія удаленіе жены. Поэтому, и въ настоящемъ дѣлѣ, выводы судебной палаты изъ обстоятельствъ дѣла, состоящіе въ томъ, что въ семейномъ раздорѣ виновенъ Гриневичъ, что онъ самъ удалилъ жену изъ своего дома и что онъ ничѣмъ не выразилъ дѣйствительно готовности принять жену въ домъ, для совмѣстной съ нею жизни,—не подлежитъ повѣркѣ кассаціонной инстанціи. Но, затѣмъ, не лишена основанія жалоба Гриневича на то, что Палата стѣснила его въ средствахъ судебной защиты, а именно: при разрѣшеніи вопроса, который изъ супруговъ былъ причиною семейнаго раздора, палата отдала предпочтеніе показанію трехъ свидѣтельницъ предъ единичнымъ показаніемъ свидѣтельницы Ольги Брашко, а между тѣмъ отказала въ ходатайствѣ Гриневича о допросѣ другихъ свидѣтелей, писавшихъ представленныя къ дѣлу письма, находя этотъ допросъ излишнимъ, за разъясненіемъ вопроса показаніями допрошенныхъ уже свидѣтелей». По отношенію къ 106 ст. Сенатъ въ томъ же рѣшеніи высказалъ: «та зависимость, въ которой, по силѣ 106 ст. т. X ч. I, мѣра содержанія жены находится отъ средствъ обязаннаго мужа, обусловливаетъ даже уменьшеніе содержанія, опредѣленнаго уже рѣшеніемъ суда, если впослѣдствіи произойдетъ сокращеніе источника, изъ коего оно назначено, подобно тому, какъ на основаніи 6 п. 683 ст. т. X ч. I, при опредѣленіи вознагражденія отъ владѣльцевъ желѣнодорожныхъ и пароходныхъ предпріятій потерпѣвшимъ вредъ или убытокъ, вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьѣ, назначенный размѣръ срочнаго пособія, въ случаѣ обнаружившихся впослѣдствіи но-

выхъ обстоятельствъ, можетъ быть увеличиваемъ или уменьшаемъ, по рѣшенію суда, вслѣдствіе просьбы стороны, получающей или уплачивающей пособіе; ибо, если мѣра дѣйствительной потребности въ пособіи вызываетъ измѣненіе размѣра его, опредѣленнаго въ судебномъ рѣшеніи, вступившемъ въ законную силу, то тѣмъ менѣе можетъ быть стѣсненъ судъ при постановленіи по дѣлу, еще не оконченному производствомъ, рѣшенія о размѣрѣ содержанія соотвѣтствено имѣющейся въ виду матеріальной возможности обязаннаго лица. Обсуждая споръ тяжущихся сторонъ о размѣрѣ содержанія, судебная палата за роспискою Софіи Гриневичъ, отъ 31 октября 1887 года, въ коей эта послѣдняя согласилась получать отъ мужа содержаніе лишь по 30 руб. ежемѣсячно, не признала рѣшающаго значенія, на томъ основаніи, что Гриневичъ не исполнилъ принятаго предъ женою обязательства. Высказывая такое сужденіе, палата упустила изъ виду представленные къ дѣлу документы, удостовѣряющіе исполненіе Гриневичемъ помянутаго обязательства. Изъ этихъ документовъ два, на сумму 60 руб., относятся ко времени послѣ предъявленія иска (къ іюню и октябрю 1888 г.)» *).

На этомъ пока остановилась практика сената. Это— его послѣднее слово. Фазисы, чрезъ которые прошелъ сенатъ въ истолкованіи 103 ст. въ связи съ 106 ст., таковы: 1) Обязательство совмѣстной жизни безусловно. Судъ не вправѣ назначить женѣ алименты на то время, пока мужъ не согласится на возстановленіе сожительства, ибо это значило-бы потворствовать раздѣльной жизни супруговъ. 2) Раздѣльная жизнь допускается, если она произошла по винѣ

*) Рѣш. Гр. Кас. Деп. за 1890 г. № 17.

мужа и онъ рѣшительно отказывается принять жену. При этомъ условіи допускается и назначеніе алиментовъ. 3) Судъ вправѣ допускать раздѣльную жизнь и въ томъ случаѣ, когда мужъ выражаетъ желаніе возстановить сожительство, если судъ признаетъ заявленіе мужа неискреннимъ и если раздѣльная жизнь произошла по винѣ мужа. Въ этомъ случаѣ судъ можетъ назначить алименты сообразно состоянію мужа до возстановленія сожительства *). Все это выводы, сдѣланные изъ 103 ст.

На самомъ дѣлѣ изъ 103 статьи т. X ч. I можетъ быть сдѣланъ только слѣдующій выводъ: не допускаются частныя соглашенія о раздѣльной жизни, т. е. супруги не вправѣ совершать договоровъ, ведущихъ къ установленію раздѣльной жизни. Если же ими будутъ совершены такіе договоры, то они недѣйствительны уже на основаніи 103 ст., хотя бы и не существовало 1 п. 1529 ст., которымъ признается недѣйствительнымъ договоръ, клонящійся къ расторженію законнаго супружества. Все это несомнѣнно вытекаетъ изъ 103 ст. Изъ той же статьи, обязывающей супруговъ жить вмѣстѣ, вытекаетъ, что оставленный супругъ вправѣ предъявить искъ о возстановленіи супружескаго сожительства, и судъ обязанъ удовлетворить это требованіе въ случаѣ, если онъ найдетъ ходатайство уважительнымъ, или отказать въ этомъ требованіи и постановить, по требованію другого супруга, разлученіе супруговъ, если обстоятельства дѣла указываютъ на необходимость установленія раздѣльной жизни супруговъ. То обстоятельство, что 103 статьею воспрещается совершеніе частныхъ актовъ, клоня-

*) См. объ этихъ рѣшеніяхъ также Боровиковскій. «Отчетъ судьи», II. стр. 227 и слѣд.

щихся къ установленію раздѣльной жизни, нисколько не можетъ препятствовать суду постановлять судебное рѣшеніе о раздѣльной жизни супруговъ. Именно потому во всѣхъ европейскихъ законодательствахъ воспрещаются частныя соглашенія о раздѣльной жизни, что мотивы, послужившіе основаніемъ для нарушенія обязательства о совмѣстной жизни, должны быть провѣрены судомъ, и только въ томъ случаѣ, если судъ найдетъ эти мотивы основательными, раздѣльная жизнь допускается по постановленію суда. Не только супруги, но и государство заинтересовано въ вопросѣ о совмѣстной жизни (между прочимъ, потому, что онъ оказываетъ вліяніе на судьбу дѣтей). Поэтому частныя соглашенія, состоявшіяся помимо и внѣ контроля суда, признаются недѣйствительными, не пользующимися покровительствомъ закона и государственной власти. Но отказывая въ санкціи частнымъ соглашеніямъ, государство этимъ самымъ не только не устраняетъ себя отъ вмѣшательства въ споры, возникающіе въ семейной жизни, но, напротивъ, подчиняетъ ихъ своему контролю въ лицѣ судебной власти.

Такіе выводы несомнѣнно могли и должны были быть сдѣланы изъ 103 ст., если бы судьи наши обладали, говоря словами покойнаго Оршанскаго, теоретическимъ образованіемъ *).

Другія статьи того же X тома, трактующія о томъ же предметѣ, въ свою очередь нисколько не препятствуютъ истолкованію 103 ст. въ указанномъ только что смыслѣ. Въ ст. 46 сказано: «Самовольное расторженіе брака безъ суда,

*) Оршанскій, Изслѣдованія по русскому праву семейному и наслѣдственному, стр. 94.

по одному взаимному согласію супруговъ, ни въ какомъ случаѣ не допускается. Равномѣрно не допускаются и никакія между супругами обязательства или иные акты, заключающіе въ себѣ условіе жить имъ въ разлученіи, или же какіе либо иные, клонящіеся къ разрыву супружескаго союза. Мѣста и лица гражданскаго вѣдомства не должны утверждать или свидѣтельствовать актовъ сего рода». Въ этой статьѣ подтверждается запрещеніе частныхъ соглашеній, исходящихъ отъ самихъ супруговъ. Въ ней воспрещается также самовольное расторженіе брака безъ суда. Такъ какъ, согласно 45 ст., расторженіе браковъ подвѣдомственно духовному суду, то изъ 46 ст. вытекаетъ, что гражданскій судъ не вправѣ принимать къ своему разсмотрѣнію ходатайства о расторженіи брака. Но изъ этого отнюдь не вытекаетъ, что гражданскій судъ не вправѣ принимать къ своему разсмотрѣнію исковъ о соблюденіи обязательства совмѣстной жизни или объ освобожденіи отъ этого обязательства и объ установленіи раздѣльной жизни, до тѣхъ поръ, пока не будутъ устранены условія, вызывающія необходимость раздѣльной жизни. Установленіе раздѣльной жизни или разлученіе супруговъ не есть расторженіе брака, не есть уничтоженіе брачнаго союза, а есть мѣра, ведущая во многихъ случаяхъ къ болѣе тѣсному единенію супруговъ въ будущемъ. Раздѣльная жизнь, установленная судомъ, нисколько не препятствуетъ возстановленію совмѣстной жизни и слѣдовательно никоимъ образомъ не можетъ быть приравнена къ расторженію брака.

Наконецъ, 76 ст. т. X ч. I можетъ служить прямымъ подтвержденіемъ выводовъ, сдѣланныхъ изъ 103 и 46 ст. т. X. Эта статья гласитъ: «Воспрещеніе всякихъ предварительныхъ, произвольныхъ между супругами актовъ, клоня-

щихся къ разрыву супружескаго союза, распространяется на всѣ вообще христіанскія исповѣданія, не выключая и тѣхъ, которыя принимаютъ бракъ за союзъ гражданскій; но симъ не отмѣняются тѣ особыя правила, коими протестантскія духовныя правительства должны руководствоваться въ принятіи таковыхъ дѣлъ къ своему разсмотрѣнію и въ рѣшеніи оныхъ постановленіями протестанскаго исповѣданія (см. уст. иностр. испов., ст. 199—268).» По этой статьѣ частныя соглашенія о раздѣльной жизни воспрещаются и въ томъ случаѣ, если супруги принадлежатъ къ какому бы то ни было изъ христіанскихъ исповѣданій. Но, какъ указано въ этой самой статьѣ, воспрещеніе частныхъ соглашеній не препятствуетъ постановленію судебныхъ рѣшеній о разводѣ или разлученіи супруговъ. Иначе говоря, воспрещеніе частныхъ соглашеній о раздѣльной жизни не есть въ то же время воспрещеніе судебныхъ рѣшеній по этому предмету. То обстоятельство, что въ 76 ст. прямо указано на статьи уст. дух. дѣлъ иностр. испов., допускающія судебныя рѣшенія о разводѣ или разлученіи между лицами, принадлежащими къ протестантскому исповѣданію, не можетъ служить доказательствомъ, что только для лицъ протестантскаго исповѣданія, при обязательствѣ совмѣстной жизни, допускается изъятіе объ установленіи раздѣльной жизни посредствомъ судебнаго рѣшенія. Въ этой статьѣ не упомянуто о допущеніи раздѣльной жизни или разлученіи супруговъ посредствомъ постановленія суда для лицъ, принадлежащихъ къ римско-католической церкви и даже не сдѣлан ссылкио на статьи закона, по которымъ допускается разлученіе супруговъ, принадлежащихъ къ римско-католической церкви. Тѣмъ не менѣе разлученіе супруговъ, принадлежащихъ къ римско-католической церкви, допускается, со-

гласно 62, 66, 67 и др. статьямъ польскаго положенія о брачномъ союзѣ, не смотря на то, что и лица, принадлежащія къ римско-католическому исповѣданію, обязаны жить совмѣстно, на основаніи 210 ст. польскаго положенія о брачномъ союзѣ, которая гласитъ: «Жена обязана жить вмѣстѣ съ мужемъ и слѣдовать за нимъ повсюду, гдѣ онъ заблагоразсудитъ имѣть пребываніе. Мужъ же обязанъ принять жену къ себѣ и доставлять ей содержапіе по состоянію и возможности своей». Установленіе раздѣльпой жизни посредствомъ судебныхъ рѣшеній допускается для лицъ, принадлежащихъ къ римско-католической церкви, не смотря на то, что и на нихъ, какъ по первой части приведенной выше 76 ст., такъ и по 211 ст. польскаго положенія о брачномъ союзѣ, распространяется запрещеніе устанавливать раздѣльную жизнь по частнымъ соглашеніямъ. Запрещается супругамъ, сказано въ 211 ст. п. п. о бр. союзѣ, самовольно разрывать брачный союзъ. Посему всякіе договоры, клонящіеся къ расторженію брака, признаются недѣйствительными.

Такимъ образомъ, повторяю, ничто не могло служить препятствіемъ къ тому, чтобы 103 ст. была истолкована въ томъ смыслѣ, что воспрещеніе частныхъ соглашеній о раздѣльной жизни не есть въ то же время воспрещеніе для суда устанавливать раздѣльную жизнь по причинамъ, которыя дѣлаютъ невозможнымъ соблюденіе требованія о совмѣстной жизни супруговъ. Не препятствуютъ такому истолкованію и источники, на которыхъ зиждется 103 и соотвѣтствующія ей статьи. Изъ всѣхъ указовъ, которые приведены въ видѣ ссылки подъ 103 и другими статьями, для историческаго толкованія ея имѣетъ значеніе лишь высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта отъ 26 марта 1819 г.

по частному дѣлу Шелковниковыхъ. Всѣ остальные указы, на которые сдѣлана ссылка, приведены лишь въ видѣ орнамента и къ дѣлу не относятся. Мы приведемъ почти дословно мнѣніе государственнаго совѣта, озаглавленное: «О несовершеніи гражданскими присутственными мѣстами и лицами обязательствъ и другихъ актовъ между супругами, въ которыхъ заключается ихъ желаніе, клонящееся къ разрыву супружескаго союза». Вотъ текстъ этого закона. Святѣйшій синодъ, разсматривая дѣло, по просьбѣ отставного поручика Шелковникова, о разводѣ его съ женою, по причинѣ распутнаго ея поведенія, встрѣтилъ, что между имъ, Шелковниковымъ, и женою его совершена была въ санктпетербургской гражданской палатѣ и оставленная въ своей силѣ правительствующимъ сенатомъ запись, заключающая въ себѣ условіе, что мужъ пріемлетъ на себя обязанность давать женѣ ежегодно на содержаніе въ продолженіе жизни своей 2500 руб.; но съ тѣмъ, чтобы она, по полученіи означенной суммы, въ первый же годъ выѣхала изъ его дома и жила, гдѣ пожелаетъ. Св. синодъ, не находя достаточныхъ причинъ къ разводу Шелковникова съ женою его и признавая сдѣланную между ими запись раснустною книгою, подающею поводъ къ вящшему ихъ разрыву и притомъ противною святости супружескихъ обязанностей, полагаетъ оную уничтожить; а для отвращенія на будущее время подобныхъ поступковъ и для охраненія твердости брачныхъ союзовъ, постановить правиломъ, чтобы никакія въ гражданскомъ управленіи мѣста и лица не допускали и пе утверждали между супругами обязательствъ и другихъ актовъ, въ коихъ будетъ заключаться условіе жить имъ въ разлученіи или какое либо другое произвольное ихъ желаніе, клонящееся къ разрыву супружескаго союза. Съ каковымъ

15*

заключеніемъ свят. синода и мин. дух. дѣлъ и нар. просв. согласенъ.

Комиссія составленія законовъ, въ истребованномъ отъ нея государственнымъ совѣтомъ по сему предмету мнѣніи, находитъ: во первыхъ, что законы наши именно запрещаютъ, съ одной стороны, супругамъ не токмо самовольно, но даже и съ согласія ихъ духовныхъ отцовъ, разлучаться отъ брачнаго сожитія и заключать между собою, такъ называемыя, распустныя книги, и съ другой—гражданскому правительству мѣшаться въ частныя между мужемъ и женою несогласія, и во вторыхъ, что запись, совершенная въ здѣшней гражданской палатѣ между поручикомъ Шелковниковымъ и его женою, содержитъ въ себѣ явнымъ образомъ условіе жить имъ въ разлученіи другъ отъ друга, и, слѣдовательно, какъ уже святѣйшимъ синодомъ замѣчено, есть ни что иное, какъ распустная книга, или разлученіе отъ стола и ложа (separatio quo ad mensam et.toram), противное вышеприведеннымъ законамъ. Допущеніе же подобныхъ между супругами актовъ со стороны гражданскаго правительства не послужило бы ни къ чему иному, какъ токмо къ облегченію своевольныхъ разлученій супруговъ, которые, въ случаѣ малѣйшаго несходства въ нравахъ, не имѣя достаточныхъ причинъ къ формальному разводу, въ первомъ пылу случившагося между ними раздора, не упустили бы прибѣгать къ сему способу, весьма предосудительному чистотѣ нравовъ и вредному въ своихъ послѣдствіяхъ; ибо когда таковые супруги имѣли бы дѣтей, то сіе внезапное и не имѣющее достаточныхъ причинъ разлученіе ихъ произвело бы весьма худое вліяніе и на нравы ихъ дѣтей, а иногда даже лишило бы ихъ любви и попеченія родительскаго и сдѣлало бы на всю жизнь несчастными. По симъ причинамъ комиссія

признаетъ, что уничтоженіе вышеупомянутой записи и запрещеніе подобныхъ актовъ на будущее время совершенно согласно какъ съ правилами нашей религіи и доброправія, такъ и съ духомъ законовъ, тѣмъ паче, что гражданское правительство, имѣя въ виду ясный законъ о невступаніи въ частные раздоры между супругами, совершеніемъ такого акта, утверждающаго раздоръ между мужемъ и женою, преступило предѣлы своей власти, ибо вмѣшалось въ дѣло, до него не принадлежащее.

Департаментъ законовъ, по уваженіи сихъ всѣхъ обстоятельствъ и по соображеніи оныхъ съ приведенными комисcіею законами, находя какъ уничтоженіе вышеупомянутаго условія, яко подающаго вящшій поводъ къ разрыву супруговъ и притомъ противнаго святости супружескихъ обязанностей, такъ и запрещеніе подобныхъ актовъ на будущее время основательнымъ и полезнымъ, полагаетъ: запись, совершенную между поручикомъ Шелковниковымъ и женою его, уничтожить, а для отвращенія на будущее время подобныхъ поступковъ и для охраненія твердости брачныхъ союзовъ, постановить правиломъ, чтобы никакія въ гражданскомъ управленіи мѣста и лица не допускали и не утверждали между супругами обязательства и другихъ актовъ, въ коихъ будетъ заключаться условіе жить имъ въ разлученіи, или какое-либо другое произвольное ихъ желаніе, клонящееся къ разрыву супружескаго союза.

Государственный совѣтъ въ общемъ собраніи, находя заключеніе департамента законовъ основательнымъ, полагаетъ оное утвердить, съ таковымъ дополненіемъ, чтобы постановленіе объ означенныхъ записяхъ и другихъ актахъ распространено было на всѣ христіанскія исповѣданія, то есть, какъ на

тѣ, въ коихъ брачный союзъ почитается таинствомъ, такъ и на тѣ, въ коихъ принимается за гражданскій актъ *).

Въ этомъ рѣшеніи воспрещаются частныя сдѣлки между супругами о раздѣльной жизни и утвержденіе этихъ частныхъ сдѣлокъ гражданскими управленіями, но отнюдь не воспрещено разлученіе супруговъ по судебнымъ рѣшеніямъ, когда это требуется интересами ихъ жизни, здоровья и необходимо для обезпеченія цѣлей общежитія и доброй нравственности. Именно потому, что этимъ рѣшеніемъ возбранены лишь частныя сдѣлки между супругами, а не судебныя рѣшенія, сила его распространена и на лицъ римско-католическаго и лютеранскаго исповѣданія, относительно которыхъ никогда не возникало сомнѣнія, что, несмотря на запрещеніе частныхъ сдѣлокъ между супругами о раздѣльной жизни или, вѣрнѣе, именно въ виду этого запрещенія, они могутъ быть разлучены лишь по постановленіямъ суда. И точно такъ-же, какъ воспрещеніемъ частныхъ сдѣлокъ между супругами римско-католическаго и лютеранскаго исповѣданій не устраняется дѣятельность суда въ этой области и постановленіе имъ рѣшеній о раздѣльной жизни, точно также этимъ рѣшеніемъ по дѣлу Шелковниковыхъ не устраняется дѣятельность суда, насколько она могла бы коснуться лицъ другихъ исповѣданій. Другихъ же законовъ, которыми суду воспрещалось бы постановлять рѣшенія о раздѣльной жизни нѣтъ и не было. Мотивы, высказанные въ мнѣніи государственнаго совѣта, прямо указываютъ, что воспрещеніе относится лишь къ частнымъ сдѣлкамъ. Они воспрещаются потому, во 1) что малѣйшее несогласіе могло бы повести къ разлученію, что, во 2) супруги, предоставленные

*) Пол. С. З. № 27,737.

самимъ себѣ, могли бы игнорировать интересы общежитія — чистоту нравовъ, и что, въ 3) раздѣльная жизнь вліяетъ на судьбу и воспитаніе дѣтей. Эти именно мотивы, а именно: 1) устраненіе легкомысленныхъ рѣшеній самихъ супруговъ относительно раздѣльной жизни въ пылу гнѣва и подъ вліяніемъ аффекта, во 2) забота объ общественной нравственности и въ 3) забота о дѣтяхъ, въ которыхъ заинтересованы не только родители, но и государство, и повели въ европейскихъ странахъ къ тому, что произволъ супруговъ въ установленіи раздѣльной жизни ограниченъ, что частныя сдѣлки о раздѣльной жизни не пользуются покровительствомъ закона и что раздѣльная жизнь допускается лишь по постановленію суда, который стоитъ на стражѣ закона и общественной нравственности *).

Изъ этого рѣшенія можно было вывести съ нѣкоторою основательностью запрещеніе для судебныхъ мѣстъ прежняго устройства постановлять судебныя рѣшенія о раздѣльной жизни супруговъ. Первою инстанціею суда при прежнемъ устройствѣ была полиція, а ей 9 п. указа 28 мая 1767 года воспрещено было вступаться въ частные раздоры между супругами, на что и ссылается мнѣніе государственнаго совѣта, говоря, что для «гражданскихъ правительствъ» существуетъ «ясный законъ» о невступленіи въ раздоры между супругами. Этотъ законъ сохранилъ свою силу и въ настоящее время и вошелъ въ 264 ст. уст. о пред. и прес. прест. т. XIV изд. 1876 г. (ст. 239 изд. 1890 г.). Полиція, сказано въ этой статьѣ, не должна входить въ частныя ссоры и несогласія между супругами, и въ случаѣ преступленія уголовнаго обязана по-

*) См. между прочимъ Bishop, p. 233, 235.

ключается, по нашему мнѣнію, говоритъ онъ, ясное «юридическое» указаніе на то, что мужъ не вправѣ наносить женѣ ни оскорбленій, ни обидъ, точно такъ же (если не болѣе), какъ и каждому постороннему лицу, т. е. брачный союзъ не уполномочиваетъ относиться къ женѣ хуже, чѣмъ къ другимъ лицамъ» *). Еще сильнѣе и рѣзче объ этомъ предметѣ высказывается профессоръ Загоровскій. «Напрасно среди нашихъ юристовъ укрѣпилось мнѣніе, что статья эта (106) лишена юридической силы, что она—одна лишь моральная сентенція, роль которой въ кодексѣ равняется нулю». Подобныя статьи, продолжаетъ онъ, имѣются и въ кодексахъ другихъ народовъ, и юристы старались отыскать въ этихъ статьяхъ и дѣйствительно нашли реальныя практическія требованія. Онъ указываетъ, между прочимъ, что такая же статья имѣется во французскомъ кодексѣ: les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance» (art. 212) и изъ нея сдѣланы французскими юристами выводы практическаго свойства **). Разъ законъ, говоритъ профессоръ Загоровскій, желаетъ и повелѣваетъ, чтобы въ семьѣ былъ миръ и согласіе между супругами, чтобы «мужъ уважалъ, защищалъ жену, извинялъ ея недостатки и облегчалъ ея немощи», то можно ли и должно ли навязывать тому же закону мысль, что онъ обрекаетъ этого покровительствуемаго имъ супруга на преслѣдованіе,

---

*) Пахманъ. Обычное гр. право. II, стр. 113, прим.

**) Профессоръ Загоровскій могъ бы указать и на тождество слѣдующихъ 213 и 214 статей французскаго кодекса съ 103, 106 и 107 ст. нашего X тома. 103 ст. и часть 106 ст. X т. суть повидимому прямой переводъ 214 ст. французскаго кодекса. Наличность указанныхъ статей во французскомъ кодексѣ нисколько не препятствовала постановленію судебныхъ рѣшеній о раздѣльной жизни.

оскорбленіе и даже побои со стороны другаго сильнѣйшаго, лишая естественнаго спасенія отъ этихъ бѣдъ въ раздѣльной жизни. Исполнитъ ли тотъ судъ законъ, который, примѣнивъ одну статью, закрѣпляющую права за мужемъ, отвергнетъ другую, налагающую на него обязанности *).

Указаннымъ мною истолкованіемъ существующихъ законовъ были бы удовлетворены и пожеланія, высказанныя К. К. Арсеньевымъ въ его рефератѣ о разлученіи супруговъ, **) и пожеланія, высказанныя какъ отдѣльными судебными дѣятелями, такъ и судебными мѣстами въ полномъ составѣ, въ «Замѣчаніяхъ о недостаткахъ существующихъ законовъ» ***). Можно не соглашаться съ лордомъ Честерфильдомъ въ томъ, что лучшая услуга, какая можетъ быть оказана большинству лицъ, находящихся въ бракѣ, это разлученіе ихъ, и что единственно солидный и прочный миръ между мужемъ и женою устанавливается раздѣльною жизнью ****), но не подлежитъ сомнѣнію, что въ случаяхъ, когда раздоры между супругами могутъ оказаться опасными для жизни и здоровья ихъ, установленіе раздѣльной жизни является благомъ для нихъ, и соотвѣтствуетъ цѣлямъ общежитія. Точно также судебное разлученіе обезпечиваетъ положеніе невиновнаго супруга въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ злонамѣренно брошенъ другимъ супругомъ.

Въ протестантскомъ брачномъ правѣ злонамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другаго или оставленіе безъ причины разсматривается какъ самостоятельный поводъ къ разводу.

---

*) Загоровскій, стр. 447—449.

**) «Вѣстникъ Европы» 183 , мартъ, стр. 291 и сл.

***) Стр. 5, 49, 51, 53, 66, 67, 69 и др.

****) Ernst The Life of Chesterfield. 1893, p. 530.

По нашему уставу иностранныхъ исповѣданій какъ и по прусскому и саксонскому кодексамъ право предъявленія иска о разводѣ по этой причинѣ возникаетъ по истеченіи годичнаго срока (ст. 256). Англійскій законъ 1857 г. подъ злонамѣреннымъ оставленіемъ разумѣетъ двухгодичное отдѣльное жительство безъ достаточнаго основанія и противъ воли другаго супруга. Факты, подходящіе подъ понятіе злонамѣреннаго оставленія, столь же разнообразны, какъ разнообразны обстоятельства и условія жизни супруговъ.

Оставить, сказано въ одномъ рѣшеніи, значитъ покинуть, бросить. До какой степени должно дойти удаленіе мужа отъ общенія съ женою, чтобы это означало, что онъ бросилъ ее,— это зависитъ отъ строя ихъ жизни и въ значительной мѣрѣ отъ внѣшнихъ обстоятельствъ. Нѣкоторые супруги имѣютъ возможность встрѣчаться только черезъ извѣстные, хотя и маленькіе промежутки времени. Судьба другихъ—быть разлученными на цѣлые годы и сходиться только съ большими стѣсненіями. Цѣпи, налагаемыя службою въ арміи и флотѣ, требованія коммерческихъ предпріятій, необходимость бывать въ иностранныхъ государствахъ, сопряженная со всѣми отраслями индустріи, дѣлаютъ неизбѣжными ограниченія относительно совмѣстнаго жительства. Но можетъ быть ни въ одномъ классѣ стѣсненія, встрѣчаемыя супружескою жизнью, не столь тяжелы, какъ въ томъ, который добываетъ средства къ жизни домашнимъ услуженіемъ. Тѣмъ не менѣе бракъ существуетъ для всѣхъ, и супружескія отношенія должны приноравливаться къ болѣе вѣскимъ соображеніямъ относительно матеріальной жизни. Если поэтому мужъ поддерживаетъ съ женою такія отношенія, какія можно ожидать отъ него при его

профессіи и по его средствамъ, онъ не можетъ быть признанъ бросившимъ жену *).

Тѣмъ не менѣе совершенно безобидное съ виду, вызванное необходимостью оставленіе однимъ супругомъ другого можетъ оказаться злонамѣреннымъ и превратиться въ основаніе для разлученія или въ связи съ адюльтеромъ для развода. Въ дѣлѣ Лауренсъ мужъ уѣхалъ въ 1856 г. въ Китай на службу, оставивъ жену и ребенка въ Англіи. Изъ писемъ, которые получались отъ него женою въ 1859 г., видно, что онъ велъ довольно бурную жизнь и даже оказался виновнымъ въ присвоеніи чужихъ денегъ. Въ виду его обѣщанія остепениться и выраженнаго имъ намѣренія отправиться въ Австралію, жена снабдила его тогда значительными суммами. Въ письмахъ къ женѣ въ этомъ періодѣ онъ выражаетъ свою любовь и привязанность къ ней и ребенку. Получивъ деньги, мужъ однако не отправился въ Австралію, а въ Лондонъ,—откуда въ декабрѣ 1859 г. писалъ женѣ о новыхъ денежныхъ затрудненіяхъ, но желанія видѣться съ ней не выражалъ. Тогда же онъ познакомился съ женщиною, съ которою онъ совершилъ адюльтеръ. Въ письмѣ къ этой женщинѣ въ 1860 г. онъ писалъ. «Меня заставили нѣсколько лѣтъ тому назадъ вступить въ бракъ съ очень богатой женщиной, которой я не любилъ. Я чувствовалъ себя несчастнымъ и принялъ службу на чужбинѣ около трехъ лѣтъ тому назадъ». Жена предъявила искъ о разводѣ въ ноябрѣ 1861 г. и вопросъ заключался въ томъ, произошло ли злонамѣренное оставленіе болѣе чѣмъ за два года до предъявленія иска. Судъ, усматривая правильный комментарій для писемъ мужа

*) Williams v. Williams (1864). Browning, 113—114. Dixon, p. 125.

отъ 1859 г., дышащихъ любовью, въ его дѣйствіяхъ, а не въ его словахъ, пришелъ къ заключенію, что по всей вѣроятности уже съ момента отъѣзда его изъ Англіи онъ не предполагалъ вернуться къ женѣ, и что его поведеніе должно быть признано злонамѣреннымъ оставленіемъ жены *).

Искъ о разлученіи вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія можетъ быть удовлетворенъ и въ томъ случаѣ, если мужъ поддерживаетъ сношенія съ женою и даже снабжаетъ ее средствами содержанія. Жена имѣетъ право на тотъ комфортъ, который можетъ ей доставить общество мужа, на ту защиту, которую можетъ обезпечить ей пребываніе въ его домѣ и его имя, на то покровительство, которое можетъ доставить ей его присутствіе въ той мѣрѣ, въ какой оно дозволяется его положеніемъ и занятіями. Пренебрегая этими обязанностями, мужъ не вправѣ заявлять, что онъ не бросилъ жены на томъ основаніи, что онъ даетъ ей средства къ существованію **). Точно также жена вправѣ обвинять мужа въ злонамѣренномъ оставленіи, хотя бы она сама ушла отъ него, если уходъ ея вызванъ мѣрами, предпринятыми мужемъ для этой цѣли. Въ одномъ дѣлѣ оказалось, что мужъ оскорбительнымъ поведеніемъ по отношенію къ женѣ вынудилъ ее бросить домъ. Онъ не сдѣлалъ никакой попытки вернуть ее. Чрезъ мѣсяцъ жена предложила ему возобновить супружескую жизнь. Въ отвѣтъ она получила отъ него письмо, что онъ не желаетъ ни видѣть ее, ни слышать о ней. Впослѣдствіи жена узнала, что мужъ ея находится въ связи съ другою женщиною; тѣмъ не

*) Lawrence v. Lawrence (1862). Browning, p. 114—115. Dixon. p. 137.

**) Ward. v. Ward (1858). Browning, p. 119. Dixon, p. 128.

менѣе на предложеніе одного знакомаго уладить несогласія между ею и мужемъ она выразила готовность сойтись съ мужемъ, если онъ прекратитъ связь. Переговоры ничѣмъ не кончились и по иску жены о разводѣ судъ призналъ наличность адюльтера, соединеннаго съ злонамѣреннымъ оставленіемъ, такъ какъ мужъ заставилъ жену бросить его *).

Уже изъ приведеннаго рѣшенія видно, что даже отказъ жены вернуться къ мужу въ случаѣ неисполненія поставленнаго ею условія объ измѣненіи мужемъ своего поведенія и образа жизни не лишаетъ ее права обвинять мужа въ томъ, что онъ бросилъ ее. Въ дѣлѣ Джибсонъ мужъ оставилъ жену въ 1851 г. и съ тѣхъ поръ не давалъ ей средствъ на содержаніе. При свиданіи въ 1854 г. жена соглашалась на его предложеніе возобновить сожительство подъ условіемъ, если онъ броситъ вино и карты. На это условіе мужъ не согласился. Судъ призналъ, что отказъ мужа отъ выполненія условія, поставленнаго женою, равносиленъ злонамѣренному оставленію **).

Подъ злонамѣреннымъ оставленіемъ англійскій судъ разумѣетъ прекращеніе совмѣстной жизни, существовавшей до того, или односторонній отказъ отъ возобновленія ея, если она прекратилась случайно. Въ дѣлѣ Фицжеральдъ лордъ Пензенсъ высказалъ: Не бросаетъ тотъ, кто не прекращаетъ существующаго сожительства. Можно конечно воспользоваться обстоятельствами и не возобновлять сожительства, разъ оно случайно прекратилось. Если это дѣлается противъ воли другого супруга и во исполненіе намѣренія прекратить сожитель-

*) Graves v. Graves. (1864). Browning, p. 179. Dixon. p. 735.
**) Gibson v. Gibson (1859) Browning; p. 119—120. Dixon. p. 133—134.

ство, то это есть злонамѣренное оставленіе. Но если сожительство прекратилось вслѣдствіе дурнаго поступка одного изъ супруговъ или по взаимному согласію ихъ, то о бросаніи не можетъ быть рѣчи до тѣхъ поръ, пока сожительство не возстановлено. До тѣхъ поръ, пока это не сдѣлано, каждая сторона имѣетъ право потребовать отъ другой возстановленія сожительства и, при безуспѣшности частныхъ переговоровъ, требовать возстановленія сожительства судомъ, но отказъ отъ сожительства, послѣдовавшій по требованію другой стороны, не представляетъ собою дѣянія, подразумѣваемаго закономъ подъ оставленіемъ безъ причины *).

Въ прусскомъ кодексѣ прямо предусмотрѣно, что иску о разводѣ вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія долженъ предшествовать формальной приказъ суда по адресу виновной стороны о возстановленіи сожительства. Только въ случаѣ, когда приказъ не исполненъ, возникаетъ право на предъявленіе иска о разводѣ вслѣдствіе безпричинной отлучки **).

256 статьею нашего уст. иностр. исповѣд. требуется вызовъ отсутствующей стороны. Если вызовъ не побудитъ отсутствующаго явиться въ опредѣленный годичный срокъ или онъ не докажетъ, что имѣетъ законныя причины къ продолженію отсутствія, то оставшаяся сторона имѣетъ право просить о разводѣ (п. 6). Приказъ суда о возстановленіи сожительства замѣненъ «вызовомъ къ явкѣ» вѣроятно по недоразумѣнію. Такъ какъ это постановленіе списано съ постановленій прусскаго кодекса, то въ данномъ случаѣ, т. е. когда мѣсто жительство отсутствующаго извѣстно, могла быть рѣчь лишь о

*) Fitzgerald v. Fitzgerald (1869). Browning, p. 121—122. Dixon, p. 127—128.

**) Pr. Landr. B. II Tit. 1 § 683—686.

вызовѣ къ возврату (Rückkehrbefehl), т. е. о требованіи суда вернуться къ оставшемуся супругу, но не о вызовѣ къ суду, тѣмъ болѣе, что въ другомъ пунктѣ (5) той же статьи отдѣльно предусмотрѣнъ случай безвѣстнаго отсутствія. Тутъ дѣйствительно умѣстенъ вызовъ чрезъ публикацію къ явкѣ, какъ это предусмотрѣно и въ 688 § т. 2, тит. 1 прусскаго кодекса, въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія.

Хотя въ саксонскомъ кодексѣ прямо не предусмотрѣна необходимость приказа суда о возстановленіи сожительства, но и тамъ, какъ видно изъ комментарія къ 1731 §, иску о разводѣ должны предшествовать принудительныя мѣры къ возстановленію совмѣстной жизни *). Какъ мы уже видѣли, англійскій судъ до 1884 г. признавалъ недостаточнымъ постановленіе суда о возстановленіи сожительства и невыполненіе его. Такое постановленіе должно было быть приведено въ исполненіе добровольно или принудительными мѣрами, и только оставленіе послѣ фактически возстановленнаго сожительства давало право на искъ вслѣдствіе оставленія, вслѣдствіе прекращенія существовавшаго сожительства.

Слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ церковномъ судѣ злонамѣренное оставленіе не давало права на судебное разлученіе **). Единственное требованіе, которое могло быть предъявлено невиновною стороною — это возстановленіе совмѣстной жизни. Традиціи церковнаго суда въ этомъ отношеніи продолжали жить и въ свѣтскомъ судѣ, хотя ему и предоставлено было закономъ постановлять о судебномъ разлученіи въ этомъ случаѣ. Указанныя традиціи и выразились въ буквоѣдствѣ

*) Siebenhaar. Commentar, III. S. 104.

**) См. Dixon, p. 124.

приведеннаго истолкованія англійскимъ судомъ термина «оставленіе» (desertion). Законъ 1884 г. устранилъ затрудненія, вызванныя такимъ толкованіемъ.

Соглашеніе между супругами о раздѣльной жизни можетъ быть молчаливое, не выраженное словами. О немъ можно умозаключить изъ фактовъ, и разъ имѣется такое соглашеніе, то не можетъ быть рѣчи о произвольномъ оставленіи, о бросаніи противъ воли другого супруга. Въ дѣлѣ Смитъ мужъ, уѣзжая изъ города, заявилъ женѣ, что она больше его не увидитъ. Жена около полумѣсяца оставалась еще въ квартирѣ, затѣмъ, не дѣлая никакихъ попытокъ узнать о мѣстѣ пребыванія мужа, уѣхала къ сестрѣ, у которой и поселилась. Лордъ Пензенсъ, отказавъ въ искѣ жены о злонамѣренномъ оставленіи, высказалъ: Въ обстоятельствахъ дѣла нѣтъ ничего, что могло бы убѣдить судъ въ томъ, что мужъ оставилъ жену противъ ея воли. Напротивъ, нѣкоторыя данныя заставляютъ предполагать, что разлученіе произошло по взаимному согласію. Изъ обстоятельствъ дѣла не видно, чтобы жена желала удержать мужа; напротивъ, она повидимому искренно желала избавиться отъ него и жить отдѣльно; уѣзжая къ сестрѣ, она не дѣлаетъ въ теченіе продолжительнаго времени никакихъ развѣдокъ о мужѣ, который могъ и не знать, куда она отправилась на жительство *).

Придавая значеніе безмолвному соглашенію, судъ въ то же время игнорируетъ формальное соглашеніе о разлученіи, если изъ обстоятельствъ дѣла выясняется, что дѣйствительнаго согласія не было и что оно получено обманомъ. Судъ въ этихъ случаяхъ обращаетъ вниманіе не на то, что сказано—

*) Smith v. Smith (1859) Dixon, p. 127.

id quod dictum est,—а на то, что на самомъ дѣлѣ произошло—id quod actum est. Если, говоритъ лордъ Пензенсъ, мужъ, рѣшившійся бросить жену, побудилъ жену или вынудилъ ее дать согласіе на разлученіе съ помощью договора объ алиментахъ, котораго онъ никогда не имѣлъ въ виду выполнить, скрывая такимъ образомъ дѣйствительное намѣреніе подъ обманнымъ договоромъ, то судъ долженъ отвергнуть мнимое согласіе, купленное предательствомъ, и обратить вниманіе на дѣйствительные мотивы договора, лежащіе въ основѣ его *).

Въ рѣшеніяхъ англійскихъ судовъ почти не встрѣчается дѣлъ, въ которыхъ мужья требовали бы разлученія вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія ихъ женами, вѣроятно потому, что оно является излишнимъ для нихъ. Жены, ходатайствуя о судебномъ разлученіи, этимъ добиваются въ большинствѣ случаевъ алиментовъ отъ мужей. Но и независимо отъ алиментовъ, жены съ помощью судебнаго разлученія гарантируютъ себѣ личную и имущественную самостоятельность, какъ будто бы онѣ были не замужемъ (feme sole). За то процессы о безпричинной отлучкѣ женъ встрѣчаются въ Америкѣ, такъ какъ тамъ произвольное оставленіе служитъ основаніемъ для развода, какъ во всѣхъ протестантскихъ странахъ континентальной Европы. Требуется, конечно, какъ и въ Англіи, чтобы оставленіе женою мужа произошло безъ достаточнаго основанія, было безпричинно. По поводу иска мужа о разводѣ въ Массачузетсѣ, вслѣдствіе того, что жена его бросила, судья высказалъ. «Мужу, который грубою жестокостью или полнѣй-

*) Crabb v. Crabb, (1868). Browning, p. 120—121. прим. Dixon, p. 130—131.

шимъ пренебреженіемъ къ потребностямъ жены, вопреки брачному обѣту, вынудилъ ее бросить его домъ и искать защиты отъ его насилій, или даже просто пріюта внѣ его дома, судъ долженъ отказать въ искѣ о разводѣ по причинѣ произвольнаго оставленія. Мужу, добивающемуся развода при такихъ обстоятельствахъ, должно быть сказано: ваше варварство, ваше безчеловѣчіе, ваше пренебреженіе своими обязанностями вызвало уходъ жены, на который вы жалуетесь, и вамъ приходится выносить послѣдствія вашего образа дѣйствія *).

Такъ какъ по римскому праву оставленіе мужемъ жены или женою мужа, сопровождавшееся извѣщеніемъ объ этомъ фактѣ, было разводомъ, вело къ расторженію брака, то самостоятельнаго повода развода въ видѣ злонамѣреннаго оставленія тамъ быть не могло. Оставленіе безъ достаточнаго основанія влекло за собою, какъ указано выше, имущественныя невыгоды для виновнаго супруга, но бракъ во всякомъ случаѣ былъ и признавался расторгнутымъ, разъ одинъ супругъ бросилъ другого, хотя бы оставленіе произошло помимо опредѣленныхъ закономъ причинъ. Только по отношенію къ случаямъ безвѣстнаго отсутствія, т. е. когда одинъ супругъ оставилъ другого не съ цѣлью бросить его, и впослѣдствіи оказался пропавшимъ безъ вѣсти, требовалось опредѣленіе закона по вопросу: когда именно оставленный супругъ долженъ считать себя разведеннымъ. Такое опредѣленіе и существуетъ. Императоръ Константинъ установилъ 4-лѣтній срокъ безвѣстнаго отсутствія для признанія брака расторгнутымъ **). По 4 гл. 22 нов. Юстиніана этотъ срокъ увеличенъ до 10 лѣтъ.

---

*) Pidge v. Pidge. Bishop, p. 418,

**) L. 7 Cod. de repud. 5,17.

Подобно римскому праву, и нашему X т. неизвѣстно безпричинное или злонамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другого, хотя тѣ соображенія, которыя дѣлаютъ излишнимъ это специфическое основаніе развода въ римскомъ правѣ, не могутъ имѣть примѣненія у насъ. Бросить супруга съ тѣмъ, чтобы никогда не возобновлять сожительства съ нимъ, хотя бы безъ всякаго достаточнаго основанія, не значитъ у насъ расторгнуть бракъ, а напротивъ связать оставленнаго супруга неразрушимыми узами. Тѣмъ не менѣе нашъ X т. игнорируетъ безпричинное оставленіе и знаетъ лишь безизвѣстное отсутствіе въ теченіе пяти лѣтъ, какъ основаніе для расторженія брака. Но въ 58 ст. X т. по изд. 1887 г. остались слѣды первоначальнаго характера этого института. По этой статьѣ епархіальное начальство относится къ мѣстному гражданскому начальству о спросѣ родственниковъ отсутствующаго и жителей какъ мѣстныхъ, такъ и окольныхъ, не знаетъ ли кто изъ нихъ о мѣстѣ пребыванія его, не приходило ли о немъ какихъ либо слуховъ, когда онъ отлучился, какъ велъ себя *и не подалъ ли самъ проситель повода къ оставленію его*. Основой этого правила является п. 13 синодскаго указа 22 марта 1723 г., въ которомъ именно рѣчь шла о самовольной отлучкѣ, т. е. о злонамѣренномъ оставленіи. Въ этомъ пунктѣ сказано: «О мужьяхъ, которые во время бѣгства женъ своихъ вступятъ въ иное супружество, чинить по правиламъ, изслѣдовавъ достовѣрно, не оставленное-ли лицо причиною тому есть; и буде вины оставленнаго лица въ томъ никакія не явятся, оставшемуся лицу отказывать, и сопряженному съ оставленнымъ лицу въ брачномъ житьѣ быть неразлучну; а буде оставленнаго лица явится вина, яко умышленіе на животъ и прочее, въ правилахъ и царскихъ законахъ содержащееся, то таковаго разво-

дить и сочетавшемуся второму лицу жить по правиламъ съ первосочетаннымъ по прежнему» *). Въ докладныхъ пунктахъ синода, высочайше разрѣшенныхъ отъ 12 апрѣля 1722 года «въ числѣ винъ разводовъ брачныхъ» прямо указаны самовольныя другъ отъ друга отлучки супруговъ **). Въ настоящее время и слѣдъ этого института, т. е. развода вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія, сохранявшійся въ нѣкоторыхъ выраженіяхъ 58 ст., исчезъ. Закономъ 14 января 1895 г. 57 и слѣд. статьи т. X ч. I измѣнены и подчеркнутыя выше мѣста выброшены.

---

*) П. С. З. № 4190. См. также Неволинъ, ч. 1 стр. 249 прим.

**) П. С. З. № 3963. См. Неволинъ l. c.

ГЛАВА IX.

Взаимное отвращеніе.

Подъ несоотвѣтствіемъ характеровъ разумѣется взаимное отвращеніе.—Прежнія постановленія французскаго кодекса о разводѣ по добровольному согласію. — Непреодолимое отвращеніе по прусскому кодексу. — Упраздненіе этого основанія развода. — Существованіе его у германскихъ народовъ, въ Малороссіи, въ Россіи. — Разлученіе по взаимному согласію среди крестьянъ въ настоящее время. — Разводъ по взаимному согласію въ Римѣ и по кодексу Юстиніана. — Связь этого основанія развода съ эндогамическимъ бракомъ, — Существованіе этой формы брака въ древнемъ Римѣ, въ средніе вѣка. — Сожительство до вѣнчанія въ Германіи, Россіи. — Обычаи, соотвѣтствовавшіе этой формѣ брака. — Права невѣсты, сожительствовавшей съ женихомъ въ протестантскихъ странахъ.

Мы уже знаемъ, что въ нѣкоторыхъ американскихъ штатахъ даются разводы по несоотвѣтствію характеровъ, между прочимъ, въ штатѣ Утахъ, если окажется, что стороны не могутъ жить въ мирѣ и согласіи и что ихъ благополучіе требуетъ расторженія брака. Указываютъ, что вообще новые

территоріи обыкновенно щедрѣе въ расторженіи браковъ и по мѣрѣ сгущенія населенія постепенно вводятъ болѣе строгія постановленія *). Поскольку указанный поводъ къ разводу не подходитъ подъ жестокое обращеніе одного супруга съ другимъ—въ смыслѣ нанесенія тяжкихъ обидъ, — несоотвѣтствіе характеровъ можетъ означать лишь взаимное отвращеніе. Такой поводъ къ разводу существовалъ во французскомъ кодексѣ. По 233 ст. Code civile взаимное продолжительное желаніе развестись, доказывающее при извѣстныхъ условіяхъ, что супружеская жизнь невыносима, является основаніемъ развода. Условія, при которыхъ допускается разводъ по этой причинѣ и предназначенныя къ тому, чтобы затруднить достиженіе цѣли, а также послѣдствія расторженія брака по этой причинѣ указаны въ 275 и слѣдующихъ статьяхъ кодекса. Взаимное соглашеніе не допускается, если мужу меньше 25 лѣтъ или женѣ меньше 21 года. Разводъ по взаимному согласію допускается лишь послѣ 2 лѣтъ брачной жизни и не допускается послѣ 20 лѣтъ брачной жизни или когда женѣ минуло 45 лѣтъ. Во всякомъ случаѣ, на такой разводъ требуется также взаимное согласіе родителей или другихъ восходящихъ родственниковъ. Стороны обязаны явиться лично предъ судомъ для заявленія о желаніи развестись. Разводъ дается только черезъ годъ послѣ того, какъ сдѣлано заявленіе, причемъ заявленіе это должно быть возобновлено на 5, 7 и 10 мѣсяцѣ. Судъ постановляетъ рѣшеніе при участіи прокурора, который даетъ заключеніе о наличности данныхъ, требуемыхъ закономъ, для допущенія развода по взаимному согласію. Въ случаѣ отказа въ разводѣ по отсутствію какихъ

*) Abbott, p. 167, 170.

либо условій, предписываемыхъ закономъ, дѣло можетъ быть разсматриваемо въ апелляціонномъ судѣ лишь по жалобѣ обѣихъ сторонъ. На основаніи 297 ст. французскаго кодекса, супругамъ, получившимъ разводъ по взаимному согласію, дозволяется вступить въ бракъ не раньше, чѣмъ черезъ 3 года со дня полученія развода. Новымъ закономъ о разводѣ 1884 года эта причина развода устранена, и 233, а также и другія статьи кодекса, связанныя съ нею, вычеркнуты.

Взаимное согласіе или непреодолимое отвращеніе является понынѣ основаніемъ развода по прусскому кодексу.

Согласно 716 § II т. tit. 1 прусскаго кодекса, бездѣтные супруги могутъ быть разведены по взаимному согласію, если нельзя предположить, что оно вызвано легкомысліемъ, поспѣшностью или скрытымъ принужденіемъ другой стороны. Въ слѣдующемъ затѣмъ 717 § постановлено: за исключеніемъ этого случая, по общему правилу не допускается разводъ помимо законнаго основанія, вслѣдствіе одного лишь заявленія объ отвращеніи. Наконецъ въ 718 § сказано: предоставляется однако судьѣ въ особыхъ случаяхъ, когда обнаружится, что отвращеніе такъ сильно и глубоко гнѣздится, что нѣтъ никакой надежды на примиреніе и достиженіе цѣлей брака, развести супруговъ, находящихся въ такомъ несчастномъ бракѣ. Постановленное 716 § условіе о бездѣтности для допущенія развода по взаимному согласію сенатъ истолковываетъ въ томъ смыслѣ, что фактъ бездѣтности во время предъявленія ходатайства недостаточенъ,—требуется продолжительное существованіе брака, а въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣти были и умерли, престарѣлый возрастъ супруговъ, минованіе продолжительнаго времени съ момента рожденія послѣдняго умершаго ребенка или другія обстоятельства, которыя устраняютъ возможность

рожденія дѣтей *). При такомъ истолкованіи условія о бездѣтности, оно въ большинствѣ случаевъ должно оказаться непредолимымъ препятствіемъ къ допущенію развода по взаимному согласію. Столь-же строго истолкованъ и 718 §. Факты, представленные въ подкрѣпленіе ходатайства о разводѣ по взаимному отвращенію, не только должны свидѣтельствовать о наличности глубокаго отвращенія, но должны быть объективными данными, оправдывающими такое отвращеніе, безъ чего даже очевидная непріязнь между супругами не можетъ служить основаніемъ развода. Такое отношеніе къ фактамъ, говоритъ судъ, соотвѣтствуетъ существу брака, прекращеніе котораго не можетъ обусловливаться немотивированными ощущеніями или такими, которыя вызваны побужденіями, заслуживающими порицанія. Такое толкованіе не противорѣчитъ и буквальному смыслу 718 § **). Въ другомъ рѣшеніи за тотъ же годъ мысль о недопустимости развода по взаимному согласію выражена еще рѣзче. Бракъ есть нравственный институтъ, подлежащій контролю государства, и расторженіе брака не можетъ находиться въ зависимости лишь отъ воли сторонъ ***).

Такимъ образомъ, судя по приведеннымъ рѣшеніямъ, разводъ по взаимному согласію или по несоотвѣтствію характеровъ сведенъ въ сущности на нѣтъ.

Изъ самаго текста приведенныхъ постановленій прусскаго кодекса, изъ оборотовъ рѣчи, употребленныхъ въ нихъ, изъ того, что въ одной статьѣ отнимается то, что дается въ дру-

*) Urt. Civilsen. 5 October 1885. Bolze II, S. 302. Hergenhahn. S. 131.

**) Urt. Civilsen. 15 December 1887. Hergenhahn, S. 127.

***) Urt. Civilsen. 1 December 1887. Hergenhahn, S. 119—120.

гой, видно, что прусскій кодексъ неохотно, съ оговорками и ограниченіями оставляетъ въ силѣ институтъ, который слѣдовало-бы отмѣнить. Судебныя учрежденія повидимому направляютъ всѣ усилія къ тому, чтобы упразднить его. Разводъ по несоотвѣтствію характера есть институтъ вымирающій въ Пруссіи. По отношенію къ остальной Германіи сенатъ высказалъ, что протестантское церковное право никогда вполнѣ не признавало этого основанія развода (niemals zur vollen Anerkennung gelangt) и что при современномъ развитіи бракоразводнаго права онъ долженъ считаться вышедшимъ изъ употребленія *).

Проектъ германскаго кодекса усвоилъ основное положеніе, что искъ о расторженіи брака допустимъ лишь по винѣ другого супруга, и устранилъ разводъ по взаимному согласію или по непреодолимому отвращенію, не оправдываемому объективными данными, могущими служить основаніемъ развода **).

Такимъ образомъ и слѣды этого института, сохранившіеся въ Германіи, будутъ устранены со введеніемъ общегерманскаго кодекса.

Когда же возникъ этотъ институтъ? Указаніе на существованіе его у германцевъ въ очень отдаленныя времена мы находимъ въ формулахъ Маркульфа и въ такъ называемыхъ варварскихъ законахъ. «Если существуютъ несогласія между мужемъ и женою, имъ предоставляется развестись по взаимному согласію. Вслѣдствіе этого они могутъ приказать написать разводныя письма одного и того-же содержанія и утвердить ихъ съ тѣмъ, чтобы каждый изъ нихъ имѣлъ право

*) Urt. Civilsen. 12 Januar 1886. B. 15 № 40.
**) Motive. IV. S. 567—569.

или поступить въ монастырь или сочетаться другимъ бракомъ *).

По валлійскимъ законамъ, кромѣ отверженія мужемъ жены, предусматривается и расторженіе брака по взаимному согласію, причемъ въ этомъ случаѣ предписывается равномѣрный раздѣлъ имущества, доведенный до того, что каждую вещь нужно дѣлить пополамъ. Женѣ принадлежитъ право дѣлежа, мужу право выбора между однородными вещами, свинья идетъ на долю мужа, овца на долю жены. Если есть только одинъ экземпляръ, то онъ дѣлится пополамъ. Если есть овца и коза, овца на долю мужа, коза на долю жены и т. д. Изъ постельнаго бѣлья нижнее въ пользу жены, верхнее — въ пользу мужа **).

Разводъ по взаимному согласію не есть исключительное достояніе германскихъ народовъ, встрѣчается не только у нихъ. Среди малороссовъ онъ былъ обычнымъ явленіемъ. Изъ актовъ XVI и XVII вѣковъ видно, что, вслѣдствіе несогласной жизни (не маючи добраго мешканя, яки иншіе люди мешкаютъ), супруги освобождали другъ друга отъ брачныхъ обязанностей (вчинили одинъ другого изъ малженства вольными или отъ стану малженскаго вызволяли), для чего давали другъ другу разводные листы (распустные листы), которые вносились въ актовыя книги ***). Приводимъ содержаніе одного изъ такихъ

---

*) Form. Marculf. II 30 (Formula repudii); «Idcirco dum et inter illo et conjuge sua... discordia regnat... placuit utriusque voluntas ut se a consortio separare deberent... Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfirmare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio aut ad copulam matrimonii se sociare voluerit, licentiam habent».

**) Leg. Walliae, II, 19 c. 2. Michelet. Origines du droit, p. 57.

***) Левицкій Семейн. отн. въ Юго.-зап. Руси. «Русск. Стар.» Ноябрь 1880 г. Загоровскій, стр. 188—191.

актовъ XVI столѣтія. Въ 1589 г., мѣщане Гришка Яцковичъ и жена его Гасюта просятъ могилевскій магистратъ внести въ судебныя книги такого рода договоръ, состоявшійся между ними: Гришка заявилъ, что онъ, живя не малое время въ бракѣ съ Гасютою, не имѣлъ съ нею такихъ сношеній, какія бываютъ между мужемъ и женою, будучи не способенъ на «учинокъ свой мужскій». Вслѣдствіе этого онъ Гришка освобождаетъ ее отъ брака, дозволяя выйти замужъ за другаго. Гасюта, въ свою очередь, чрезъ отца своего, Ивашку Клыпача, «чинитъ» мужа своего «отъ малженства волнымъ позволяючи ему жениться иншою женою, если будетъ на то способенъ» *).

Точно также этотъ обычай существовалъ и въ Великороссіи еще въ XVIII в. Какъ видно изъ синодскихъ указовъ, воспрещающихъ примѣненіе его, супруги самовольно между собою разводились, священно-и церковнослужители писали имъ разводныя или распускныя письма, рукоприкладствовали ихъ и на этомъ основаніи дозволяли имъ вступать въ новые браки **).

Символическія дѣйствія, съ помощью которыхъ совершался разводъ въ Россіи, въ свою очередь указываетъ на равноправность сторонъ, на совершеніе развода по взаимному согласію. Въ знакъ развода разрѣзывалось пополамъ полотенце, и разводящіеся расходились въ противоположныя стороны ***).

Современные волостные суды не вправѣ конечно разводить супруговъ, но за то они постановляютъ о разлученіи не только

*) Загоровскій, стр. 142.

**) П. С. З. 1730 дек. 11 № 5655 и 1767 іюля 10 № 12,435.

***) Терещенко. Бытъ русск. нар. стр. 497, Способинъ. Разводъ (1885) стр. 72.

по винѣ одного изъ супруговъ, но и по взаимному согласію. Въ одномъ изъ волостныхъ судовъ Ярославской губерніи жена объяснила, что она не желаетъ жить съ мужемъ, потому что онъ не имѣетъ дома, и желаетъ получить увольненіе навсегда, на что мужъ изъявилъ согласіе. А потому судъ постановилъ: миролюбивую сдѣлку записать въ книгу приговоровъ *). Въ другомъ волостномъ судѣ той же губерніи состоялась такая же миролюбивая сдѣлка между супругами, вызванная побоями, которые мужъ наносилъ женѣ. Мужъ объяснилъ, что онъ дѣйствительно наноситъ женѣ побои за оскорбленіе его семейства неприличными словами и добавилъ, что онъ жить съ ней болѣе не желаетъ, на что жена сказала, что и она съ мужемъ своимъ жить также не желаетъ и за притѣсненія ничего взыскивать съ своихъ оскорбителей не желаетъ, а потому судъ постановилъ: миролюбивую сдѣлку ихъ записать въ книгу приговоровъ **). Какъ указалъ уже проф. Пахманъ, такія сдѣлки съ точки зрѣнія народно-обычнаго права не заключаютъ въ себѣ ничего противозаконнаго.

Римское право, налагая имущественныя невыгоды на супруговъ за одностороннее расторженіе брака противъ воли другого супруга, въ то же время выставляло въ видѣ общаго положенія слѣдующее: Искони установлено, что браки должны быть свободны. Вслѣдствіе этого договоры, которыми установлено, что супруги лишаются права разводиться, недѣйствительны, и обязательства, по которымъ мужъ или жена облагается карой за разводъ, не пользуются защитой ***). Точно

*) Тр. ком. вол. суд. III т., 62 № 41. Пахманъ. II, стр. 91.

**) Тр. ком. вол. суд. III т. 62, № 45. Пахманъ. II, стр. 94.

***) L. 2 Cod. de inut. stip. 8,39. Libera matrimonia esse antiquitas placuit: ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere; et stipulationes,

также и въ 4 гл. 22 новеллы Юстиніана сказано, что взаимнымъ согласіемъ бракъ расторгается и тутъ законодателю не приходится вмѣшиваться, такъ какъ все опредѣлено договоромъ *). Впослѣдствіи только тотъ же Юстиніанъ въ 10 гл. 117 нов. счелъ нужнымъ воспретить такой способъ развода.

Не подлежитъ сомнѣнію, что институтъ развода по взаимному согласію представляетъ собою аномалію не только въ новѣйшее время, когда законъ принимаетъ мѣры противъ стачки супруговъ съ цѣлью добиться развода, когда разводъ допускается лишь по винѣ одного изъ супруговъ, когда предполагаемое прощеніе уже считается достаточнымъ основаніемъ для отклоненія иска о разводѣ, но и въ то время, когда расторженіе брака зависѣло отъ мужа. Въ это время разводъ по взаимному согласію былъ аномаліей потому, что онъ не соотвѣтствовалъ безправному положенію женщины. Тѣмъ не менѣе эта аномалія существовала, и какъ всякая аномалія, какъ всякое исключеніе изъ общаго правила, должно служить указаніемъ на рядъ другихъ фактовъ, которые въ свою очередь не соотвѣтствуютъ мнимому общему правилу. Говоря словами Джевонса, аномаліи подобны тѣмъ плававшимъ по океану вѣткамъ и другимъ вещамъ, которыя привели Колумба къ догадкѣ о существованіи Новаго Свѣта **).

Америки впрочемъ открывать не приходится. Она уже от-

---

quibus poenae inrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non habere constat.

*) Distrahuntur itaque in vita contrahentium matrimonia alia, quidem consentiente utraque parte, pro quibus nihil hic.dicendum est pactis causam, sicut utrique placuerit, gubernantibus.

**) Джевонсъ. Основы науки. Спб. (1881) стр. 535.

крыта. Рядомъ съ экзогамическимъ бракомъ, т. е. съ похищеніемъ и куплей женъ изъ другихъ племенъ продолжалъ существовать эндогамическій бракъ, т. е. по соглашенію съ женщинами того же племени. Женщина, вступавшая въ такой бракъ среди своего же племени, не поступала подъ власть мужа—sub manu, у римлянъ *), мужъ не пріобрѣталъ надъ нею господства — mundium—у германцевъ. Мы уже знаемъ, что въ самыя раннія времена эта форма брака носила у римлянъ названіе usus'a. Этотъ бракъ, бывшій вначалѣ бракомъ на время, на опредѣленный срокъ, продолжалъ существовать и впослѣдствіи, какъ бракъ, заключенный по взаимному согласію, по взаимной склонности, безъ формальнаго брачнаго договора **).

Цицеронъ прямо указываетъ на то, что существовали двоякаго рода супружескія связи. Женщина въ томъ и другомъ случаѣ является женою, но одна есть мать семейства, подчиненная власти мужа, другая—какъ бы женою. Эта вторая форма брака заключается безъ всякой обрядности и важнѣйшимъ признакомъ ея является то, что она заключается по взаимному согласію—consensus facit nuptias. И точно такъ же, какъ бракъ считается заключеннымъ, когда выражено согласіе, несогласіе - dissensus, нерасположеніе - diversitas mentium-ведетъ за собою расторженіе брака. Что эта форма брака была эндогамическою, видно изъ того, что такой бракъ могъ быть заключенъ лишь между мужчиной и женщиной, принадлежавшими къ латинскимъ плебеямъ, т. е. между лицами, входившими въ составъ одной и той же общины ***).

---

*) См. между проч. Зомъ. Инстит. римск. права (Русск. пер.), стр. 290, 291.

**) L. 11 Cod. de repud. 5,17. Nov. 22 c. 18.

***) Cicero. Topic. cap. 3. Genus est uxor, ejus duae formae: una

Въ сущности бракъ посредствомъ usus'a есть форма брака, заключеннаго посредствомъ самаго факта сожительства, въ чемъ и выражается согласіе супруговъ жить вмѣстѣ. Очевидно, что отпрыскомъ этой формы брака является и сожительство, именуемое конкубинатомъ, хотя оно и происходитъ между лицами, принадлежащими къ разнымъ сословіямъ. И при конкубинатѣ жена остается въ полной независимости отъ мужа *). Мы видѣли уже, что конкубинатъ продолжалъ существовать въ средніе вѣка среди европейскихъ народовъ. Существованіе этой формы брака во Франціи выражено въ слѣдующей поговоркѣ, имѣвшей значеніе обычнаго правила: пить, ѣсть, спать вмѣстѣ есть бракъ, какъ мнѣ кажется.—«Boire, manger, coucher ensemble, est mariage, ce me semble» **). Въ ютландскихъ законахъ мы находимъ подобное же опредѣленіе, если кто-либо имѣетъ женщину у себя въ домѣ, и она открыто съ нимъ сожительствуетъ, находится съ нимъ подъ однимъ замкомъ и ключемъ, съ нимъ ѣстъ и пьетъ три зимы подрядъ, то она должна быть признана женою и хозяйкой. Уже Гриммъ указываетъ на то, что конкубинатъ у германцевъ находился въ такомъ же отношеніи къ такъ называемому законному браку, какъ у римлянъ свободный бракъ къ браку, связанному съ подчиненіемъ жены господству мужа ***). Изъ этого брака впослѣдствіи развился, такъ называемый, морганатическій бракъ среди высшихъ классовъ.

---

matrum familias, eae sunt quae in manum convenerunt, altera earum quae tantummodo uxores habentur. Unger. Ehe. S. 70, 72, 74. См. также мою статью въ Arch. f. Anthr., B. XI, S. 218.

*) Зомъ, ibid, стр. 292.

**) Schäffner. Gesch. d. Rechtsverfas. Frankreichs (1859) III S. 185.

***) Jut. Ges. I, 29. Grimm. R. A. S. 439.

Громче всего свидѣтельствуютъ, говоритъ Вейнгольдъ, постановленія помѣстныхъ и синодальныхъ соборовъ, тянущіяся до XV вѣка, какія затрудненія приходилось преодолѣвать церкви для того, чтобы добиться въ Германіи заключенія браковъ съ помощью и участіемъ церкви. Въ народныхъ пѣсняхъ мы находимъ упоминаніе о благословеніи только послѣ свадебной ночи. Еще въ 1291 году архіепископъ Конрадъ Зальцбургскій требовалъ, чтобы священникъ былъ извѣщенъ въ присутствіи двухъ или трехъ свидѣтелей о заключеніи брака въ теченіе мѣсяца со времени совершенія его *). Хотя Зальцбургскій соборъ въ 1420 году требовалъ исполненія этого обряда до брачнаго сожительства **), хотя и папы, и соборы грозили отлученіемъ отъ церкви за неисполненіе этого обряда, тѣмъ не менѣе брачное сожительство до вѣнчанія было общераспространеннымъ обычаемъ вплоть до начала XVI вѣка ***). Остатками того же эндогамическаго брака въ новѣйшія времена является такъ называемое пробное сожительство, на время, до церковнаго вѣнчанія, которое можетъ послѣдовать и не послѣдовать. По разсказу Фишера, написанному въ 1781 г., почти во всей Германіи, а преимущественно въ Швабіи и Шварцвальдѣ, среди крестьянъ существовалъ обычай, что дѣвушки предоставляли ухаживавшимъ за нимъ тѣ вольности, которыя обыкновенно составляютъ достояніе супруговъ. Эти,

*) Richter. Kirchenrecht. S. 1120, прим. 11.

**) Weinhold. Frauen. I, S. 379, 380. Matrimonia quoque, quae benedicenda fuerint, non post ut moris exsistit, sed ante carnalem consumationem ac solemnitatis nuptiarum celebrationem pro benedictionis ipsius reverentia benedicantur.

***) Richter, S. 1121.

такъ называемыя, пробныя ночи добывались молодыми людьми слѣдующимъ образомъ: когда у молодой дѣвушки наступала половая зрѣлость, за нею начинали ухаживать молодые люди и до тѣхъ поръ продолжали свои усилія, пока замѣчали, что одному изъ нихъ оказано предпочтеніе. Послѣдній имѣетъ право посѣщать свою красотку ночью, однако обычай требуетъ, чтобы онъ проникалъ къ ней не черезъ дверь, а черезъ окно въ чердакѣ. Первая попытка обыкновенно встрѣчается красавицами горькими насмѣшками. Проникнувъ черезъ окно, ему дозволяется проболтать нѣсколько часовъ съ дѣвушкой, которая лежитъ въ кровати совершенно одѣтой. Какъ только она засыпаетъ, онъ обязанъ удалиться. Только постепенно и послѣ часто повторенныхъ попытокъ опасная прогулка черезъ крышу вознаграждается нѣкоторыми вольностями. Эти первыя посѣщенія, происходящія только по воскреснымъ и праздничнымъ днямъ, носятъ названіе Kommenächte. Съ тѣхъ поръ начинаются пробныя ночи, пользованіе которыми дозволяется чаще. Послѣднее продолжается до тѣхъ поръ, пока обѣ стороны достаточно не убѣдятся въ ихъ взаимной физической пригодности къ браку или до тѣхъ поръ, пока дѣвушка не окажется беременной. Только тогда молодой человѣкъ дѣлаетъ формальное предложеніе, вслѣдъ за которымъ непосредственно идетъ обрученіе и свадьба. Случается довольно часто, что стороны расходятся послѣ первой или второй пробной ночи. Для дѣвушекъ при этомъ нѣтъ никакой опасности получить дурную репутацію, ибо очень скоро является другой, который готовъ начать романъ сначала. Весьма нерѣдко также, что родители, когда ихъ разспрашиваютъ о здоровьи ихъ дочерей, самодовольно разсказываютъ, что у дочерей начались уже любов-

ныя свиданія *). О такомъ сожительствѣ въ Россіи мы встрѣчаемъ свѣдѣнія въ грамотѣ Ѳеодосія въ вятскую пятину отъ 1548 года. Въ ней сказано: а иные деи христіане емлютъ себѣ дѣвки и вдовицы да держатъ деи ихъ у себя недѣль пять или шесть и десять до полугоду и живутъ деи съ ними безстудно въ блудныхъ дѣлахъ, да буде имъ котора дѣвка или вдова по любви и они деи вѣнчаютца и молитвы емлютъ, а будетъ не по любви и они деи отсылаютъ ихъ отъ себя и другихъ емлютъ **). Заказная грамота Маркелла, архіепископа вологодскаго, соборному протопопу Авраамію на Бѣлоозеро гласитъ: «Да тебѣ же бъ протопопу сыскивать въ своемъ же заказѣ во всѣхъ приходѣхъ, которые крестьяне живутъ не по правиломъ святыхъ апостолъ и святыхъ отецъ, а держатъ у себя наложницы безъ молитвы и тебѣ бъ о тѣхъ людѣхъ писать къ намъ великому господину, на Вологду, чтобы безчинія и беззаконія не было» ***).

Еще въ концѣ прошлаго вѣка бракъ казака на Дону утверждался только объявленіемъ передъ народомъ объ избранной имъ женѣ. Женихъ и невѣста приходили вмѣстѣ въ кругъ; помолившись Богу, они кланялись на всѣ четыре стороны, и женихъ, назвавъ невѣсту по имени, говорилъ: ты будь мнѣ жена. Невѣста кланялась ему въ ноги и говорила: будь мнѣ мужъ. Затѣмъ они цѣловали другъ друга и принимали поздравленія отъ всего собранія. Для законности брака не требовалось никакихъ другихъ обрядовъ ****).

*) Fischer. Ueber die Probenächte der deutschen Bauernmädchen. Berlin (1780). S. 1 u. ff. См. также мою ст. «Die communale Zeitehe und ihre Ueberreste, Arch. f. Anthr. B. XI S. 219.

**) Допол. къ Акт. Истор. № 43, стр. 54. Способинъ. О разводѣ. стр. 16 (прим.).

***) А. Э. т. IV. 105. Загоровскій, стр. 271, прим.

****) Якушкинъ. Обычн. право, X и слѣд.

Остатками этой же формы брака являются факты, отмѣченные въ синодскомъ указѣ отъ 18 октября 1744 г. Изъ данныхъ, приводимыхъ въ этомъ указѣ, видно, что даже послѣ того, какъ церковная форма брака, долго не прививавшаяся къ народной жизни, стала обычнымъ правиломъ, тѣмъ не менѣе значеніе придавалось не вѣнчанію, а факту сожительства. Безъ этого факта самый бракъ, несмотря на вѣнчаніе, считался несостоявшимся. Вотъ что говорится въ этомъ указѣ: извѣстно ея императорскому величеству учинилось о являющихся въ Малой Россіи бракахъ такихъ, что по отправленіи церковномъ, брачнаго таинства того-жъ времени разлучився, по нѣсколько лѣтъ до называемаго, по ихъ обычаю, брачнаго веселія живутъ въ разныхъ, а нѣкіи изъ нихъ послѣ онаго таинства и къ вѣчному между собою разлученію поступаютъ. И для того всемилостивѣйше изволила указать: такой, церкви святой противный обычай, всеконечно пресѣчь, и впредь того чинить не допускать *).

Что эта форма брака существовала и у евреевъ, видно изъ Мишны. Подобно тому, какъ въ римскомъ правѣ установлены три формы брака, а именно: посредствомъ confarreatio—совмѣстнаго жертвоприношенія, coemptio—покупки и usus—сожительства, Мишна указываетъ на три способа заключенія брака, а именно: посредствомъ покупки, договора и сожительства **). Мы знаемъ, что еще по библейскимъ постановленіямъ фактъ сожительства велъ къ тому, что бракъ признавался заключеннымъ, причемъ въ этомъ случаѣ мужъ не имѣлъ права отвергнуть жену во всю ея жизнь ***). Т. е. у мужа

*) П. С. З. № 9052.

**) Мишна-Кидушенъ, гл. 1, 81. Gans. Erbrecht, I, S. 138.

***) См. выше, стр. 41.

отнималась власть, которая принадлежала ему при бракѣ, заключенномъ другимъ способомъ. Само собою разумѣется, что по взаимному согласію и этотъ бракъ могъ быть расторгнутъ.

Дальнѣйшему существованію этой формы брака у евреевъ препятствовало то, что и при заключеніи брака въ этой формѣ требовалось для засвидѣтельствованія факта присутствіе двухъ свидѣтелей, т. е. публичность сожительства *). Эта необходимость и вызвала въ позднѣйшія времена воспрещеніе этой формы брака.

У европейскихъ народовъ необходимость публичности нисколько не препятствовала сохраненію этой формы брака. Напротивъ, однимъ изъ символическихъ дѣйствій, признаваемыхъ необходимыми для установленія брака вообще, является публичное сожительство. Обычай у древнихъ германцевъ гласилъ: вступленіе на брачное ложе знаменуетъ пріобрѣтеніе супружескихъ правъ—ist das Bett beschritten, so sind die ehelichen Rechteerstritten. Въ теченіе всего періода среднихъ вѣковъ публичное вступленіе на брачное ложе признавалось необходимымъ условіемъ для заключенія брака. Съ теченіемъ времени актъ этотъ сталъ изображаться символически, т. е. новобрачные одѣтые ложились на кровать и облекались однимъ покровомъ—die eheliche Decke das Paar beschlagen **). Еще въ прошломъ вѣкѣ при вступленіи въ бракъ англійскихъ принцевъ и принцессъ соблюдался этотъ обрядъ въ нѣсколько измѣненномъ видѣ. Послѣ брачнаго пиршества новобрачные въ роскошномъ неглиже усаживались въ отведенномъ для нихъ помѣщеніи на постели, между тѣмъ какъ дворъ и гости,

*) См. между прочимъ Gans. Erbrecht. I, S. 140, прим.

**) Weinhold. Deutsche Frauen. I, S. 399—401 Zöpfel. III, S. 3, 39, прим. 8.

вставшіе только что съ веселаго ужина и послѣ обильной выпивки, дефилировали предъ новобрачными, окружали ихъ и дѣлали шуточныя замѣчанія, соотвѣтствовавшія случаю, и притомъ въ довольно свободныхъ выраженіяхъ *).

Во многихъ культурныхъ европейскихъ странахъ до настоящаго времени продолжаетъ существовать остатокъ первоначально господствовавшаго способа установленія эндогамическаго брака. Сговоръ, обрученіе или просто обѣщаніе жениться, за которыми послѣдовало фактическое сожительство, влекутъ за собою признаніе брака совершившимся, и дѣвушки, получившей обѣщаніе (невѣсты), женою даннаго лица. Тѣмъ не менѣе такой бракъ можетъ быть расторгнутъ по взаимному согласію (mutuo dissensu) **). И у насъ, по уст. иностр. испов., относительно лицъ, принадлежащихъ къ евангелическо-лютеранской церкви (ст. 223) и въ Финляндіи по финляндскому уложенію, сговоръ, соединенный съ фактическимъ сожительствомъ, ведетъ къ признанію брака совершившимся. Для того, чтобы примирить этотъ остатокъ прошлаго съ установившимся воззрѣніемъ, что только обоюдное соглашеніе, а не тѣлесное сожительство устанавливаетъ бракъ, каноническіе писатели, а за ними и современные указываютъ на то, что сговоръ или обѣщаніе жениться есть ни что иное, какъ предварительный договоръ объ имѣющемъ въ будущемъ совершиться договорѣ—verba de futuro, и если за этимъ договоромъ послѣдовало сожительство—copula, то это свидѣтельствуетъ о томъ, что предполагавшійся договоръ за-

*) Doran. Queens of England. London. 1875. I, p. 209, 279.
**) Richter, Kirchenrecht. Leipzig (1886). S. 1198—1201.

ключенъ, хотя бы молчаливо. Такого толкованія придерживаются и англійскіе, и американскіе юристы *).

Упомянутая выше 223 ст. гласитъ: если обрученные имѣли другъ съ другомъ дозволенную только супругамъ связь, то уничтоженіе обрученія по требованію одной стороны не допускается. Консисторія по жалобѣ невѣсты, если признаетъ ее основательною, имѣетъ опредѣленіемъ предписать совершеніе бракосочетанія, и когда, не смотря на сіе, бракъ не будетъ совершенъ въ продолженіи трехъ мѣсяцевъ, то по новой о томъ просьбѣ объявляетъ лишенную чести невѣсту разведенною супругою обрученнаго. Какъ видно изъ приведенной статьи, и у насъ, слѣдовательно, такой союзъ, совершенный посредствомъ обрученія, сопряженнаго съ сожительствомъ, можетъ быть уничтоженъ по взаимному согласію.

Эти данныя и свидѣтельствуютъ о томъ, при какихъ условіяхъ могъ возникнуть институтъ развода но взаимному согласію. Онъ есть послѣдствіе, неизбѣжная принадлежность эндогамическаго брака, продолжавшаго существовать въ теченіи всей исторіи культурныхъ народовъ, сначала въ видѣ дозволенной формы брака, затѣмъ въ видѣ конкубината и, наконецъ, въ видѣ связи, которая именуется незаконною.

---

*) Bishop, p. 71.

ГЛАВА X.

Заключеніе.

Бракъ съ приданымъ не есть особая форма брака.—Взаимное согласіе родителей брачущихся замѣнилось взаимнымъ согласіемъ брачущихся.—Взаимодѣйствіе законной и незаконной формы брака.—Бракъ не есть договоръ.—Статистика разводовъ свидѣтельствуетъ о большей или меньшей строгости закона въ разныхъ странахъ.—Статистическія данныя относительно поводовъ къ разводу.—Зависимость семейныхъ отношеній отъ строя общества.

Формы развода обусловливаются формами брака. При покупкѣ женъ у сосѣднихъ племенъ, жены являются рабынями, отъ мужа зависитъ отвергнуть жену, отпустить ее на волю. Хотя такой актъ совершается публично, coram populo, но вмѣшательство общественной власти касается лишь вопросовъ матеріальнаго свойства, затронутыхъ расторженіемъ брака, т. е. въ раннія времена—возврата покупной цѣны, данной за жену, а на болѣе позднихъ ступеняхъ культуры—возврата приданаго. Такое вмѣшательство ведетъ къ ограниченію произвола мужа, къ опредѣленію условій, при которыхъ расторженіе брака признается правильнымъ или не-

правильнымъ. Само собою разумѣется, что чѣмъ сильнѣе матеріальные интересы, затрогиваемые расторженіемъ брака, тѣмъ сильнѣе будетъ и давленіе, производимое общественною властью на произволъ мужа. Этимъ и объясняется, почему возникновеніе приданаго оказало воздѣйствіе въ смыслѣ улучшенія положенія женщины и возвышенія значенія жены въ брачномъ союзѣ.

Благодаря косвенному вліянію, оказываемому приданымъ, историки культуры признаютъ даже возможнымъ выдѣлить бракъ съ приданымъ въ особую форму брака. Особой формы тутъ нѣтъ, ибо такъ или иначе, съ приданымъ или безъ приданаго бракъ совершается вслѣдствіе согласія родителей брачущихся на вступленіе ихъ въ бракъ. Именно этимъ данная форма брака отличается отъ похищенія, умычки женъ, съ одной стороны, отъ церковнаго брака—съ другой стороны. Купля женъ изъ чужаго племени превратилась съ теченіемъ времени, вслѣдствіи слiянія и объединенія племенъ, въ символическую, обрядовую куплю, но и эта обрядовая купля выражала собою то, что бракъ обусловливался волею родителей (раньше онъ обусловливался волею племени, братьевъ).

Существенною чертою церковной формы брака является взаимное согласіе на вступленіе въ бракъ, выраженное въ церкви самими брачущимися, а такъ какъ этотъ способъ могъ быть примѣненъ лишь къ лицамъ, принадлежащимъ къ одному и тому же исповѣданію, то вступленіе въ бракъ обусловливалось и принадлежностью къ одному исповѣданію.

Что содѣйствовало возникновенію этой формы брака, какимъ образомъ взаимное согласіе родителей замѣнилось требованіемъ о взаимномъ согласіи брачущихся? Мы знаемъ, что рядомъ съ похищеніемъ и куплей женъ изъ чужихъ племенъ,

рядомъ съ экзогамическими формами брака существовала эндогамическая, рядомъ съ строгой—свободная, рядомъ съ законной — matrimonia justa незаконная—matrimonia injusta. Мужъ, будучи полновластнымъ по отношенію къ законной женѣ, былъ совершенно безвластенъ по отношенію къ женѣ, не подчиненной его господству. Не только сожительство устанавливалось между ними по взаимному согласію, но и дальнѣйшее существованіе брака обусловливалось этимъ согласіемъ, зависѣло отъ взаимной привязанности. Эта свободная или незаконная жена, будучи совершенно равноправной съ мужемъ, была въ тоже время совершенно безправной по отношенію къ его имуществу, къ его заработкамъ, и въ этомъ отношеніи была въ гораздо худшемъ положеніи, чѣмъ законная жена, была матеріально не обезпечена. Но очевидно были сильные мотивы, чтобы удерживать женщину отъ вступленія въ законный бракъ. Мы знаемъ эти мотивы—это лично безправное положеніе законной жены, взглядъ на нее, какъ на собственность, какъ на достояніе мужа, которымъ онъ могъ распоряжаться по произволу. Законный бракъ былъ бракомъ, въ которомъ любви не предполагалось, и еще Маркъ Аврелій на жалобы жены Вера, что ея мужъ сходится съ другими женщинами, отвѣтилъ ей, что жена существуетъ для достоинства дома, но не ради удовольствія *). Постепенно только отношенія, существовавшія въ незаконномъ бракѣ, вліяли на облагороженіе законнаго брака— въ смыслѣ водворенія въ немъ добрыхъ чувствъ. Только благодаря незаконному браку установленъ былъ принципъ, что возникновеніе брака обусловливается не сдѣлкой между роди-

*) Lecky. II. p. 313. Uxor enim dignitatis nomen est, non voluptatis.

телями, а взаимнымъ согласіемъ брачущихся, что провозглашено общимъ началомъ для всякаго брака; только оттуда это начало могло проникнуть въ правила, относящіяся къ законному браку. Мы не имѣемъ точныхъ данныхъ относительно того, какъ совершался процессъ взаимодѣйствія между обоими формами брака въ дѣйствительной жизни, но мы ни на минуту не можемъ сомнѣваться въ томъ, что такіе крупные перевороты въ судьбѣ женщины, какъ уничтоженіе сожиганія женщинъ вмѣстѣ съ мужемъ, устраненіе безбрачія женщинъ, оставшихся въ живыхъ, установленіе правила, по которому и мужъ обязанъ вѣрностью женѣ и т. д., могли произойти лишь потому, что были женщины, которыя не соглашались вступать въ законный бракъ иначе, какъ подъ тѣмъ непремѣннымъ условіемъ, чтобы онѣ не подвергались тѣмъ тяжелымъ условіямъ брачной жизни, которыя до того установлены были обычаемъ или закономъ. Мы можемъ предположить на основаніи современныхъ наблюденій, что чѣмъ меньше было обезпечено положеніе женщины въ законномъ бракѣ, чѣмъ меньше эта форма брака представляла гарантій для мирной совмѣстной жизни, тѣмъ легче устанавливались фактически назаконныя сожительства, тѣмъ обильнѣе были эти случаи уже потому, что общественное мнѣніе относилось снисходительно къ незаконнымъ сожительствамъ при тяжелыхъ условіяхъ законнаго супружества. Эти установившіяся въ обществѣ воззрѣнія въ концѣ концовъ оказывали вліяніе на установившіеся обычаи, на законодательную власть и вызывали соотвѣтствующій требованіямъ жизни компромиссъ.

Только благодаря указанному противодѣйствію жестокіе обычаи и нравы, тяготѣвшіе надъ законными женами, постепенно вытѣснялись. Этимъ и объясняется между прочимъ существо-

ваніе тѣхъ временныхъ свободныхъ союзовъ до вступленія въ такъ называемый законный бракъ. До тѣхъ поръ, пока длилась свободная связь, она могла держаться лишь любовью, и привязанностью; мужчина пріучался въ этой связи къ уваженію личности женщины, обладавшей свободой самоопредѣленія, какъ говорятъ юристы, и это чувство, хотя можетъ быть и въ ослабленномъ видѣ, сохранялось впослѣдствіи и по вступленіи въ законный бракъ.

Установленіемъ церковной формы брака окончательно устранялся произволъ мужа въ расторженіи брака, вытѣснявшійся постепенно уже благодаря приданому. Разъ бракъ установленъ по взаимному согласію, онъ уже поэтому не могъ быть расторгнутъ по произволу одной стороны.

По мнѣнію Генри Мэна, поступательное движеніе среди культурныхъ народовъ выражается въ томъ, что взаимное отношеніе между членами общества, обусловливавшееся *состояніемъ* въ первобытныя времена, опредѣляется договоромъ въ культурныя времена, или, какъ выражается Мэнъ, направленіе прогрессивнаго движенія идетъ отъ status'а къ контракту *). Могло бы казаться, что и направленіе движенія въ сферѣ взаимныхъ отношеній мужа и жены идетъ отъ status'а къ контракту. Въ первобытныя времена жена была рабыней, въ новѣйшія времена положеніе женщины опредѣляется брачнымъ договоромъ. Но, какъ мы видѣли уже выше, эта схема движенія не соотвѣтствуетъ дѣйствительности ни въ началѣ, ни въ концѣ его. Рядомъ съ женой, какъ рабыней, при экзогамическомъ бракѣ, была свободная, независимая женщина при эндогамическомъ бракѣ. Такъ было въ первобыт-

*) Maine. Ancient. Law. 1891, p. 170·

ныя времена. Въ настоящее время расторженіе браковъ по взаимному согласію, что обусловливается существованіемъ договорныхъ отношеній, все болѣе и болѣе выходитъ изъ употребленія, признается недопустимымъ, несмотря на то, что церковная форма брака, т. е. заключеніе брака при участіи представителя церкви, замѣнена гражданскимъ бракомъ, т. е. заключеніемъ брака при участіи гражданскаго чиновника. Слѣдовательно даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ существуетъ гражданскій бракъ, онъ не есть договоръ, контрактъ, а, въ виду его нерасторжимости по взаимному согласію, гражданскій союзъ, какъ онъ именуется и въ нашемъ законѣ. Если бракъ и разсматривался какъ договоръ, то это во всякомъ случаѣ была преходящая ступень развитія. Она, какъ мы указали уже *), въ свою очередь была вызвана воздѣйствіемъ на законный бракъ той формы брака, которая называлась конкубинатомъ или незаконнымъ сожительствомъ. Расхожденіе по взаимному согласію или вслѣдствіи взаимнаго отвращенія лицъ, жившихъ въ незаконномъ бракѣ, было усвоено, какъ нѣчто допустимое, хотя и съ значительными оговорками, и для законнаго брака. Но тенденція движенія въ этой области жизни заключается именно въ устраненіи того повода къ разводу, который приравниваетъ бракъ къ гражданскому договору.

Такъ какъ противовѣсомъ стѣснительныхъ условій законнаго брака, а между прочимъ и расторженія законнаго брака являются незаконныя сожительства, то понятно, какую цѣну можетъ имѣть существующая статистика разводовъ въ смыслѣ показателя дѣйствительно, а не только оффиціально уничтоженныхъ семейныхъ узъ. Не говорите мнѣ, что это фактъ,— сказалъ разъ англійскій министръ Каннингъ, — я не вѣрю

*) См. выше стр. 264.

факту. Нѣтъ ничего болѣе вводящаго въ заблужденіе, чѣм факты, если не считать статистическихъ цифръ.

Въ прошломъ году, кажется, всѣ газеты обошла така статистика разводовъ.

Въ Англіи .	. 1	разводъ	на	577	браковъ.
» Россіи .	. 1	»	»	450	»
» Шотландіи	. 1	»	»	331	»
» Австріи.	. 1	»	»	184	»
» Бельгіи.	. 1	»	»	169	»
» Венгріи	. 1	»	»	149	»
» Швеціи.	. 1	»	»	134	»
» Голландіи	. 1	»	»	132	»
» Баденѣ.	. 1	»	»	100	»
» Румыніи	. 1	»	»	94	»
» Франціи	. 1	»	»	87	»
» Германіи	. 1	»	»	62	»
» Пруссіи.	. 1	»	»	50	»
» Даніи .	. 1	»	»	36	»
» Саксоніи	. 1	»	»	33	»
» Берлинѣ	. 1	»	»	17	»
» Парижѣ	. 1	»	»	13	»
» одномъ изъ графствъ Коннектикута	. 1	»	»	6	»

Эта статистика въ значительной мѣрѣ совпадаетъ со ст тистикой, почерпнутой у Бертилона, по которой въ періо от 1877 до 1886 года на 10,000 браковъ было:

Въ Англіи	19	разводовъ.
» Шотландіи	29	»

Въ Ирландіи	2	развода
» Франціи	127	»
» Германіи	152	»
» Россіи.	22	»
» Царствѣ Польскомъ . . .	55	»
» Австріи	10	»
» Венгріи	64	»
» Италіи . . . . . . - .	24	»
» Даніи	406	»
» Норвегіи	30	»
» Швеціи	73	»
» Голландіи	91	»
» Бельгіи	69	»
» Румыніи	106	»
» Швейцаріи	468	»
» Парижѣ	322	»
» Берлинѣ	533	»
» Вѣнѣ	290	»
» Австраліи.	35	»
» Соединенныхъ Штатахъ . .	444	»
» Канадѣ	12 *)	»

Приведенныя цифры показываютъ, сколько въ данной странѣ состоялось разводовъ, т. е. свидѣтельствуютъ лишь о большей или меньшей строгости закона по отношенію къ разводу. Изъ этой статистики мы убѣждаемся, что число разводовъ больше въ нѣкоторыхъ странахъ съ протестантскимъ населеніемъ, чѣмъ въ странахъ съ католическимъ, причемъ спеціально въ Соединенныхъ Штатахъ разводовъ приблизительно

*) Mulhall. Dictionary of Statistics. London. 1892, p. 217.

столько же, сколько въ Швейцаріи и Даніи. Но большая или меньшая допустимость разводовъ по законамъ данной страны не свидѣтельствуетъ, какъ уже сказано, о числѣ дѣйствительно расторгнутыхъ браковъ. Въ этой статистикѣ нѣтъ цифры судебныхъ разлученій, допускаемыхъ въ особенности въ католическихъ странахъ, гдѣ разводъ представляется исключительнымъ явленіемъ. Въ этой статистикѣ нѣтъ, далѣе, и быть не можетъ свѣдѣній о числѣ незаконныхъ сожительствъ, вызванныхъ невозможностью полученія оффиціальнаго развода. Достаточно обратить вниманіе на слѣдующія цифры, чтобы убѣдиться въ томъ, что число разводовъ только въ весьма рѣдкихъ случаяхъ указываетъ на число дѣйствительно, а не оффиціально лишь расторгнутыхъ браковъ. Такъ, въ Царствѣ Польскомъ въ періодъ 20 лѣтъ отъ 1867 до 1886 г. было:

разводовъ у католиковъ	670
» » протестантовъ . .	375
» » евреевъ	3,994

На 1000 браковъ это составляло 0,8 у католиковъ, 5,6 у протестантовъ и 92,8 у евреевъ *). Въ то время, какъ приведенная цифра разводовъ у евреевъ показываетъ дѣйствительное число расторгнутыхъ браковъ, цифра разводовъ у протестантовъ уже меньше дѣйствительной, и еще меньше у католиковъ. Слѣдуетъ впрочемъ имѣть въ виду, что значительная цифра разводовъ у евреевъ въ Царствѣ Польскомъ обусловливается тѣмъ, что тамъ допускается разводъ по взаимному согласію, что не допускается и у протестантовъ Царства Польскаго.

Гораздо больше указаній о прочности семейныхъ союзовъ

*) Mulhall, p. 223.

даютъ, напримѣръ, такія данныя, какія установлены по отношенію къ Англіи, а именно, что со времени введенія въ Англіи закона о разводѣ, т. е. съ 1857 года, число незаконнорожденныхъ значительно уменьшилось: съ 67—65 на 1000 новорожденныхъ оно упало въ 1880 году до 51 на 1000 *). Во время обсужденія этого закона въ парламентѣ, Гладстонъ, который былъ противникомъ его, сказалъ, что онъ усматриваетъ въ этой мѣрѣ лишь начало дальнѣйшихъ перемѣнъ, лишь первую станцію на пути, о которомъ никто ничего не знаетъ, кромѣ того только, что онъ отличается отъ пути, по которому шли наши предки **). Указанные результаты примирили и Гладстона съ институтомъ развода. Достойно вниманія то, что англичане достигли такихъ результатовъ отнюдь не особенно либеральнымъ примѣненіемъ закона о разводахъ. Въ 30 лѣтній періодъ со времени введенія закона, т. е. за время съ 1858 по 1887 г. изъ 12,914 ходатайствъ о разводѣ удовлетворено лишь 7,295 ***). Само по себѣ впрочемъ число незаконнорожденныхъ въ какой-либо странѣ не можетъ имѣть рѣшающаго значенія для вопроса о разводѣ, ибо незаконныя сожительства вызываются массой причинъ, не находящихся въ связи съ затруднительностью развода.

Но если огульная сравнительная статистика указываетъ лишь на большую или меньшую строгость закона въ той или другой странѣ, что и безъ того извѣстно, то детальная статистика, въ особенности относительно поводовъ развода, по отдѣльнымъ странамъ является во многихъ отношеніяхъ поучительною. Такъ, мы имѣетъ статистику разводовъ въ Бер-

*) Mulhall, p. 94.

**) The peoplès life of Gladstone, London. 1895, p. 89.

***) Mulhall, p. 219.

линѣ за 5 лѣтъ, оканчивающихся 1884 годомъ. Всего ихъ было 3167 *), причемъ, несмотря на отрицательное отношеніе прусскаго суда къ разводу по взаимному согласію, такихъ случаевъ все-таки было 746. Нельзя этого числа ставить на счетъ однихъ евреевъ, такъ какъ всего разводовъ среди евреевъ въ Берлинѣ было 97. Если даже считать, что всѣ эти разводы были по взаимному согласію, чего въ сущности допускать нельзя, то все таки на долю остального населенія останется достаточное число разводовъ по этой причинѣ. Число разводовъ вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія, а именно 817, немногимъ больше числа разводовъ по взаимному согласію. Число разводовъ вслѣдствіе жестокаго обращенія не указано; оно входитъ, слѣдовательно, въ цифру 533 разводовъ по разнымъ причинамъ. Но наибольшее число разводовъ, а именно 1071, т. е. свыше $^1/_3$ всего числа, вызвано адюльтеромъ.

Такую же роль адюльтеръ играетъ и въ статистикѣ разводовъ за 5 лѣтъ, кончающихся декабремъ 1889 года, во Франціи **), т. е. за 5-лѣтіе со времени введенія закона о разводѣ. Всего было въ теченіе этого времени 15521 разводъ. Изъ нихъ вслѣдствіе адюльтера 6980, т. е. свыше трети всего числа. Другія причины спеціально не указаны.

Подобную же роль адюльтеръ играетъ въ статистикѣ Саксоніи. Въ теченіи 13 лѣтъ, до 1879 г. тамъ было 7425 разводовъ ***). Изъ нихъ вслѣдствіе адюльтера 2571, вслѣдствіе жестокаго обращенія 1807. Значительная роль выпадаетъ въ этой статистикѣ и на долю злонамѣреннаго

*) Mulhall, p. 221.
**) Jbid. p. 220—221.
***) Ibid. p. 221.

оставленія, а именно 2273. Эта причина развода получаетъ преобладающее значеніе въ Швеціи, гдѣ изъ 3734 разводовъ за 20 лѣтъ, кончающихся 1886 годомъ, было разводовъ вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія 2195, т. е. немногимъ меньше двухъ третей, между тѣмъ какъ на адюльтеръ приходилось только 537 разводовъ *). Слѣдуетъ думать, что столь значительное число разводовъ вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія изъ всего небольшаго числа разводовъ за 20-лѣтіе связано съ громадною эмиграціею въ Америку, происходившею, и все болѣе и болѣе усиливавшеюся, именно въ послѣднее 20-лѣтіе. Въ теченіе одного 5-лѣтія съ 1881 по 1886 годъ эмигрировало въ Америку 174000 человѣкъ **). Почти столь же значительную роль злонамѣренное оставленіе играло въ самой Америкѣ ***). На 100 разводовъ приходится 38,5 вслѣдствіе злонамѣреннаго оставленія, а на адюльтеръ 15,7. По отношенію къ Америкѣ слѣдуетъ отмѣтить, что дѣйствительно вновь образовавшіеся штаты крайняго запада, какъ Утахъ и Колорадо, даютъ наибольшее число разводовъ.

Принято думать и утверждать, что строй общественной жизни складывается по образу и подобію семьи, а общественныя отношенія въ соотвѣтствіи съ семейными отношеніями. Патріархальная семья будто бы вызываетъ патріархальныя общества. Водвореніе византійства въ семейно-брачныя отношенія будто бы вызываетъ измѣненіе общественныхъ отношеній на византійскій ладъ, установленіе сословной іерархіи по тому же образцу и т. д.

*) Mulhall, p. 223.
**) Ibid. p. 251,
***) Ibid. p. 254.

Все это рѣшительно невѣрно, и дѣло происходитъ какъ разъ наоборотъ. Разъ какое нибудь начало, хорошее или дурное, находитъ доступъ въ общественную жизнь, разъ это начало начинаетъ становиться преобладающимъ, давать тонъ и направленіе жизни, оно прежде всего видоизмѣняетъ строй общественной жизни и только напослѣдокъ касается сферы семейныхъ отношеній. Китайскій богдыханъ, отецъ отечества, не есть отпрыскъ семьи, сложившейся извѣстнымъ образомъ въ срединномъ царствѣ, а напротивъ китайскій отецъ семейства потому только и порабощаетъ всѣхъ членовъ своей семьи, потому только и пользуется надъ ними неограниченной властью, что онъ самъ порабощенъ въ качествѣ члена общества, что его судьба и существованіе подлежатъ произволу высящихся надъ ними властей. Уже изъ этого вытекаетъ, что для того, чтобы идея гуманности и равноправности, идея одинаковой для всѣхъ справедливости проникла въ сферу семейныхъ отношеній, она должна предварительно совершить полный кругъ, завоевать себѣ мѣсто во всѣхъ другихъ общественныхъ отношеніяхъ. Этимъ и объясняется, почему, напр., въ Англіи, гдѣ развитіе идетъ органически, реформа семейныхъ отношеній была наиболѣе позднимъ плодомъ ихъ культурнаго развитія, послѣдовала за коренными реформами политическаго строя и внутренняго быта. Этимъ объясняется и то, что законодательныя нормы, заимствованныя нами изъ болѣе культурнаго каноническаго права относительно поводовъ къ разводу и усвоенныя духовными судами, съ теченіемъ времени все болѣе и болѣе изгонялись изъ практики и въ концѣ концовъ испарились, какъ будто ихъ никогда и не было. Могло ли найти у насъ примѣненіе правило о разводѣ вслѣдствіе жестокаго обращенія въ то время, когда не только Куролесовъ—

«извергъ рода человѣческаго»,—какъ его называли, избилъ свою жену до полусмерти и посадилъ ее въ погребъ на хлѣбъ и воду, но когда и Степанъ Михайловичъ, этотъ справедливый и добрый баринъ, этотъ оракулъ всего края, таскалъ за волосы свою тучную и уже старую Арину Васильевну, а въ благодушномъ настроеніи давалъ ей цѣловать свою руку въ знакъ милости *). Въ такомъ обществѣ съ такими нравами, гдѣ жестокое обращеніе было зауряднымъ явленіемъ, не могло быть и рѣчи объ огражденіи личности жены отъ насилій со стороны мужа. О такихъ мелочахъ не стоило и разговаривать—de minimis non curat lex. Только катастрофы вызывали воздѣйствіе закона и суда.

Все это конечно не ново и только лишній разъ подтверждаетъ то положеніе, что культурныя заимствованія прививаются лишь въ соотвѣтствующей средѣ. Но въ то же время приведенныя данныя иллюстрируютъ наглядно и то выставленное мною положеніе, что физіономія семьи зависитъ отъ общественнаго строя, а не наоборотъ.

---

*) Аксаковъ, Семейная хроника. См. очерки: «Новыя мѣста», Добрый день Степана Михайловича» и «Михайло Максимовичъ Куролесовъ».

Указатель.

DATE DUE			

